



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UnICEUB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - ICPD
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO

ALESSIA BARROSO LIMA BRITO CAMPOS CHEVITARESE

**O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA NOMOGÊNESE LEGISLATIVA:
diálogos prudenciais em torno do Estado Democrático de Direito.**

Brasília
2015

ALESSIA BARROSO LIMA BRITO CAMPOS CHEVITARESE

**O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA NOMOGÊNESE LEGISLATIVA: diálogos
prudenciais em torno do Estado Democrático de Direito.**

Tese submetida à banca por **Alessia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese** como um dos requisitos para a obtenção do título de Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, sob a orientação do Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr.

Brasília
2015

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos.

O papel da Jurisdição Constitucional na nomogênese legislativa: diálogos prudenciais em torno do Estado Democrático de Direito. – Brasília: UniCEUB, 2015.

365 f.

Tese submetida à banca por **Alessia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese** como um dos requisitos para a obtenção do título de Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, sob a orientação do Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr.

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr.

1. Democracia, 2. República, 3. Supremo Tribunal Federal, 4. Poder Legislativo, 5. Legisprudência, 6. Mandado de Segurança.

CDU (...)

ALESSIA BARROSO LIMA BRITO CAMPOS CHEVITARESE

**O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA NOMOGÊNESE LEGISLATIVA: diálogos
prudenciais em torno do Estado Democrático de Direito.**

Tese submetida à banca por **Alessia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese** como um dos requisitos para a obtenção do título de Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, sob a orientação do Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr.

Brasília, 27 de março de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr.
Orientador

Prof. Dr. Daury Cesar Fabríz
Examinador Externo

Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi,
Examinador Externo

Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho
Examinador Interno

Prof. Dr. Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto
Examinador Interno

Aos meus pais, Felisbina e Hélio, por uma vida inteira de amor e dedicação.

Ao Marcus, por nossa comunhão de vida.

AGRADECIMENTO

“Não há tempo consumido, nem tempo a economizar. O tempo é todo vestido de amor e tempo de amar. O tempo passa? não passa.” As palavras de Drummond são palavras “Gerais”, pertence a Minas, Estado que nasci. Hoje essas palavras me fazem compreender que o tempo é apenas “o ponto de vista do relógio” e que na vida todo tempo é pouco diante da grandiosidade do universo. Agradeço a Deus, Pai da vida, Guardião do nosso tempo, “Sumo Bem”. Meus Deus, meu Tudo. O agradeço por ocupar os espaços vazios da minha existência. Agradeço infinitamente por todo o tempo de trabalho e estudo que certamente me molda e me faz transbordar de sonhos, esperanças, expectativas. Obrigada minha Nossa Senhora da Aparecida que ilumina a “mina escura e funda, o trem da minha vida”. Ao *Poverello* de Assis, Irmão Sol que, com coragem e humildade, me ensina que a verdadeira sabedoria é estar a serviço de Deus e dos irmãos.

Nesse percurso de Minas a Brasília, nem sempre vislumbrei belos horizontes. “Por muito tempo achei que a ausência é falta e lastimava, ignorante, a falta. Hoje não a lastimo, não há falta na ausência, a ausência é um estar em mim.” E estar em mim significa compreender um pouco da minha trajetória e reconhecer que em toda ela contei e, ainda conto, com dois pilares insculpidos por Deus: Felisbina Barroso e Hélio Brito. Meus pais plantaram tudo que tenho de melhor e, por doação e sacrifício, foram capazes de fazer com os estudos se tornassem um tesouro que “ninguém rouba”. E, mesmo que em razão dos estudos e do trabalho eu tive que me ausentar, não mais me senti sozinha. Vocês estão dentro de mim, no pulsar do meu coração. E por onde eu for, por onde eu estiver carrego nossa história e “rio e danço e invento exclamações alegres”, porque a distância geográfica é hoje uma ausência assimilada e uma presença constante. A vocês dois, todo o agradecimento do mundo é pouco.

Fruto desse encontro de vidas e almas nasceu o primogênito, meu irmão Marcelo Barroso. Espelho de vida, força vivificante. A quem eu agradeço as horas de estudos, sobretudo de matemática e geometria, sem elas eu não poderia calcular exatamente a beleza da vida e fórmula da superação. Recordo minhas primeiras aulas em Itaúna e seus sábios conselhos motivadores. Obrigada, mano! Na continuidade das nossas histórias contamos com uma presença forte, minha cunhada Wânia Alice que nos mostra que as

sombras da vida são dissipadas com uma boa dose de fé, união e alegria. Liga a música DJ e sirva-nos um bom vinho! Há sempre tempo para uma pausa. Esses dois ousaram desafiar meus sentimentos e resolveram brindar nossas vidas com duas criaturinhas. E eu que pensava que conhecia o que é amor, descobri como este é ilimitado, mas que precisa ser cultivado em muitos sorrisos e abraços. Thiago e Nathália, a dindinha os ama e tem muito orgulho das pessoas que vocês estão se tornando, que vocês possam espalhar alegria e paz a esse mundo carente. Obrigada pelos risos e abraços. Ao Gão, Eunice e Diva. Estar com vocês é uma festa!

Agradeço ainda ao meu Tio Pedro, ao meu primo Augusto, Ana e Sirlene. Estou com vocês desde sempre e em especial nos áureos tempos do Jardim de Infância Charles Perrault, do Colégio Padre Eustáquio e do Colégio Sistema. Pedro, foi nessa rocha que finquei minha existência! Agradeço a “estórias” de Guiricema, o convívio com minha saudosa vovó Isaura, as tardes no apartamento da Rua São Paulo, descendo e subindo de elevador, como se fosse para me acostumar com a dinâmica da vida e com a certeza que ao abrir a porta sempre um abraço me espera. Obrigada a vocês!

Aos meus tios e primos do Vale do Jequitinhonha, do Vale da Mantiqueira e agora também do cerrado candango! Tenho orgulho da nossa família. Em especial recobro a memória dos nossos avós, Deocleciano, Onésia Rosa e Aristeu Victor Dias. Desbravadores de um tempo passado, mas responsáveis pelas nossas conquistas no presente. Ainda, Tia Neusa saudade em forma de chocolate, diet!

Quando completei cinco anos fui a um lugar que marcaria minha vida para sempre, primeiro por descobrir que se a noite cai em breu profundo, o amanhecer nos brinda com o calor do céu e o canto dos pássaros. Zagaia, minha Xangri-lá, lugar de encontros, fogão a lenha, caldos, pizzas, bacalhoadas, churrasco, piscina, céu estrelado, natureza, roda d'água, montanhas, caminhadas, cheiro de terra, “benção dindinha”, orações, enfim um “bonfim” de dia. Obrigada Niltinho, Maria, Diana, Gustavo, a todos das Macaúbas do Julião!

Já que um Hélio é pouco para um coração em extenso, a vida me presenteou com uma nova família: Hélio Alves, Efigênia, Eliane, Paulinho, Cristina e Wilton. E, como se não bastasse Tia Cris e Tio Wilton geraram uma outra criaturinha capaz de fazer meus dias ainda

mais felizes e animados. Lucas que você cresça em extensão e sabedoria e que nosso amigo *Match* dure bastante para brincarmos sempre. Obrigada a todos vocês!

Em Brasília fui acolhida por uma família incrível, responsáveis por momentos incríveis. Bete, Sandro, Gabriel e Lu, obrigada pela companhia, carinho e atenção. Sou feliz por hoje fazer parte dessa família especial em minha vida. Vocês são “goiabada cascão em caixa”.

Durante essa jornada tive o privilégio de contar com o resgate de amigos para saborear os momentos da vida, onde só é bem-vinda, a amizade, a confraternização e a boa música. Michel e Tatiana, obrigada pelos momentos de aposentadoria fracionada! Maurílio, Marilene, Carlos Jaques, Regina (Murilo e Arthur), Eduardo, Andréa (Isabela, Paulo Dudu e Rômulo), Roberta e Marcelo. A todos vocês amigos!

Agradeço ainda aos amigos da SANFRA! Aos sobrinhos do Segue-Me, pelo convívio fraterno, divertido e afetuoso. À Boa música, às aulas de canto, momentos de encontro com o bom e belo.

Ainda no Planalto Central conheci dois anjos que na terra me socorrem nos momentos de atividade intensa, Aniane e Luisa, obrigada pelo carinho e por toda dedicação. Tenho orgulho das profissionais que vocês estão se tornando. Desejo todo o sucesso e verdadeiras realizações.

Não poderia esquecer de quem sempre se lembra de mim. Obrigada Dra. Luciana Musse, mamãe do Leopoldo, pelo incentivo e apoio incondicional. Sua presença me inspira a compreender melhor os saltos e percalços da vida. Presto agradecimentos ainda ao meu primeiro professor tutor no estágio docência e hoje meu coordenador na graduação. Professor Dr. Roberto Freitas Filho, obrigada por compartilhar sua experiência e brilhantismo. Querida Selma Sauerbronn, a quem agradeço o exemplo de coragem, profissionalismo e paixão pela vida.

Uma grande amiga insistiu e persistiu para que eu fizesse doutorado logo. Dra. Christiani Buani: “Chica”, está aqui o resultado. Obrigada pela força e pela amizade! Agradeço também a todos os colegas do doutorado, pelos enriquecedores debates, em especial, a valorosa contribuição de André Gontijo, Marília, Carla Patrícia, Terezinha, Raquel,

Eneida, Karla, Marlon, Geilza, Sandro, Rodrigo, Monique, Carolina, Gabriela. Ainda, direciono meus agradecimentos a todos os membros de grupo de pesquisa “Juspositivismo, Jusmoralismo e Justiça Política”. Aos amigos e parceiros de luta na vida e na profissão, Sérgio Victor e Eliardo Teles. Muito obrigada. Eis aqui parte de nossas angústias acadêmicas. Mas é sempre bom lembrar que *in vino veritas*! Aos colegas da Advocacia Brito Campos e ao eixo BH - Brasília.

Expresso um agradecimento especial a todo o Corpo Dirigente do UniCEUB representados pelo Diretor do ICPD, João Herculino de Souza Lopes Filho. Agradeço por me proporcionarem estudar com a alta literatura. E, nesse sentido, estendo meus agradecimentos a todos os professores do curso de doutorado, em especial ao Coordenador Dr. Marcelo Dias Varella, pela incansável luta por um programa de qualidade e excelência. Agradeço ainda à Lilian Rose Coordenadora da Pós-Graduação *lato sensu* em Direito UniCEUB.

Volto uma especial atenção ao Professor Dr. Inocência Mártires Coelho, pelo apreço em degustar o sabor de um conhecimento refinado. Obrigada, professor pela partilha do conhecimento e por disponibilizar sua biblioteca pessoal. Que o “oxigênio revigorante” das aulas multiplique seus dias.

Nos idos de 2011, conheci o Professor Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr e, ciente que a “Academia não é Democracia, mas Meritocracia” trilhamos em parceria esse longo caminho de maturação e desenvolvimento da pesquisa. Professor LC, meu orientador, obrigado pelo pulsar firme e certo. Obrigada por alentar minhas angústias diante das falhas democráticas de nosso sistema. E, obrigada por vivificar a esperança nas virtudes republicanas.

O convívio na Academia torna-se mais completo em companhia de amigos os quais compartilham conosco a luta diária pela formação de juristas e deformação dos “manualistas.” O desafio é grande, mas torna-se mais aprazível pela presença de pessoas como Dulce, Aline Albuquerque, Betina, Ângela, Ariane, Cleíse, Carolina Costa, Fabrício Maria José, Lucinéia Possar, Wagner Dias, Altair, Rodrigo, Rudrah, Ana Porto, Fátima, Helder, Heloísa, João e Leyza Domingues.

Aos meus reais alunos e futuros juristas, obrigada por fomentar em mim a vontade de ir além da superfície.

Agradeço ao suporte eficiente de Rosileide Nunes, Marley e Fátima Amélia.

Se tenho condições de me dedicar ao trabalho externo é porque contei e conto com o apoio interno. Agradeço imensamente a D. Lourdes, exemplo incansável de dedicação. Recordo, ainda, que certo dia, em casa, leda me disse: “D. Alessia eu não sei no mundo o que fazer com tanto livro espalhado.” Pois bem leda, agora terminou, os livros ganharam ordem no presente trabalho e, pelo menos por hora, o escritório estará livre. Obrigada por tudo. Bibita, obrigada por seu auxílio. Ao meu schnauzer Chile. Se a vida é dura, talvez seja por isso, que Deus criou animais tão fofos.

Por fim, encerro com o começo de tudo, com a recordação de alguém que Deus guardou para mim e me deu presente quando terminei a faculdade. Para ele, desistir é uma palavra que não existe. Persistir é algo possível. Marcus, obrigada por você, simplesmente você; você em toda sua complexidade, você por ser essa pessoa que é tudo para mim. Hoje, você pinta as cores da minha vida e espero que como o sinal de Deus na terra continue sendo uma pessoa rara, incrível...você. *Thank you, gracias, merci, grazie*, obrigada! Toda a linguagem humana não é capaz de traduzir a minha gratidão!

“Mas, senhores, os que madrugam no ler, convém madrugarem também no pensar. Vulgar é o ler, raro o refletir. O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas principalmente, nas ideias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas. Já se vê quando vai do saber aparente ao saber real. O saber de aparência crê e ostenta saber tudo. O saber de realidade, quanto mais real, mas desconfia, assim do que vai aprendendo, como do que elabora.”

(Rui Barbosa em Oração aos Moços)

RESUMO

A Constituição da República Brasileira de 1988 consagra em seu art. 2º a independência e a harmonia entre os poderes. Ocorre que em certos aspectos, o diálogo institucional demonstra contornos de tensão. No que concerne a uma atuação mais positiva do Poder Judiciário, destacam-se as hipóteses de impetração de Mandado de Segurança perante o Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de possível violação ao direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo inconstitucional, sobretudo nos casos em que há matérias constantes em projetos de leis que violem cláusulas pétreas e procedimentos que violem direitos das minorias. Contudo, seria essa atuação uma disfunção da teoria da separação dos poderes e dos próprios pilares de uma República Democrática? O presente trabalho tem por finalidade compreender o diálogo entre a função legislativa e judiciária no que concerne à nomogênese legislativa. Trata-se de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial que apresenta como critério de originalidade uma reflexão no campo jurídico brasileiro sobre a qualidade da lei, a partir de experiências exógenas. Apresenta-se ainda a possibilidade de *overruling* da Súmula 266/STF de 13/12/1963. Conclui-se que, a jurisprudência pode ser um instrumento de controle e conformação do diálogo tenso entre Poder Judiciário e o Poder Legislativo, considerando ser a tarefa de criação da lei um saber poligenético, mormente no que concerne à guarda dos preceitos constitucionais.

Palavras-chave: Democracia, República, Supremo Tribunal Federal, Poder Legislativo, Legisprudência, mandado de segurança.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution of the Republic of 1988 establishes in its 2nd article independence and harmony between the powers. Occurs in certain aspects, the institutional dialogue shows contours of tension. Concerning a more positive role of the judiciary, there are the chances of filing for a kind of petition (writ of mandamus) before the Supreme Court, on the grounds of possible violation of subjective public right of parliamentary not submit to unconstitutional legislative process, especially in cases where there are matters included in projects that violate laws immutable clauses and procedures that violate the rights of minorities. However, would this action be a dysfunction of the theory of separation of powers and the very pillars of a democratic republic? This study aims to understand the dialogue between the legislative and judicial function concerning the legislative nomogenesis. This is a doctrinal and jurisprudential research that shows how originality criterion reflects the Brazilian legal field on the quality of the law, from exogenous experiences. Still presents the possibility of overruling Precedent 266/STF of 13/12/1963. We conclude that the Legisprudence can be an instrument of control and conformation of tense dialogue between the judiciary and the legislature, considering that the task of creating a knowledge of the law is polygenetic, especially regarding the custody of constitutional precepts.

Key-words: Democracy, Republic, Federal Supreme Court, Legisprudence, Writ of mandamus.

RÉSUMÉ

La Constitution de la République brésilienne de 1988 établit dans son article 2 l'indépendance et l'harmonie entre les pouvoirs. Il arrive qu'à certains égards, le dialogue institutionnel démontre des déviations. Concernant une action plus positive du pouvoir judiciaire, il existe des hypothèses de dépôt de mandat de sécurité devant le Tribunal Suprême Fédéral, au motif d'une éventuelle violation au droit public subjectif de parlementaires à ne pas se soumettre au processus législatif inconstitutionnel, en particulier dans les cas de questions sur les projets de lois qui violent des clauses fondamentales et des procédures qui violent les droits des minorités. Cependant, cette représentation, serait-elle une théorie du dysfonctionnement de la séparation des pouvoirs et des fondations mêmes d'une République Démocratique? Cette étude vise à comprendre le dialogue entre la fonction législative et judiciaire à l'égard de la création législative. C'est une recherche doctrinale et jurisprudentielle qui présente, comme critère d'originalité, une réflexion dans le domaine juridique brésilien sur la qualité de la loi, à partir d'expériences exogènes. Il présente également la possibilité d'overruling (de passe-droits) de la synthèse 266 / FTS du 13/12/1963. Il découle que, la jurisprudence peut être un instrument de contrôle et de conformation de dialogue tendu entre les pouvoirs judiciaire et législatif, étant donné que la création de loi est un polygène de connaissance, notamment en ce qui concerne la préservation des préceptes constitutionnels.

Mots-clés: Démocratie, République, Tribunal Suprême Fédérale, Pouvoir législatif, Légisprudence, mandat de sécurité.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Estado Democrático de Direito	49
Figura 2. Atos que compõem o processo legislativo	121
Figura 3: Tramitação das Proposições no âmbito da Câmara dos Deputados	129

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Elementos de formação do conceito de povo.....	56
Quadro 2: Pactos Republicanos	110
Quadro 3: Súmulas da CCJC	132
Quadro 4: Critérios de diferenciação entre regras e princípios	142
Quadro 5: Ramos da Ciência da Legislação	164
Quadro 6: Principais domínios da legística.....	171
Quadro 7: Princípios de Interpretação Constitucional	231
Quadro 8: Resultado do julgamento do MS 20.257/DF, pelo Pleno em 17.09.1980.....	285
Quadro 9: Comparativo entre Normas e Decisão	298

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Quantitativo de proposições por espécie normativa	115
Gráfico 2. Quantidade de proposições transformadas em norma jurídica em cada legislatura.	116

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI	Ato Institucional
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg	Agravo Regimental
ADI	Ação Direita de Inconstitucionalidade
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CCJ	Comissão de Constituição e Justiça
CD	Câmara dos Deputados
CEFOR	Centro de Formação Treinamento e aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados
CF	Constituição Federal
CN	Congresso Nacional
CONPEDI	Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito
CPDOC	Centro de Pesquisa e Documentação histórica Contemporânea do Brasil
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CT	Código Brasileiro de Trânsito
DJ	Diário de Justiça
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
DSM	Doutrina da Sabedoria da Multidão
EC	Emenda à Constituição
FGV	Fundação Getúlio Vargas
GT	Grupo de Trabalho
HC	<i>Habeas Corpus</i>
ICPD	Instituto Ceub de Pesquisa e Desenvolvimento
LD	Leis Delegadas
LF	Leis Financeiras
MS	Mandado de Segurança
MP	Medida Provisória

SUMÁRIO

LISTA DE FIGURAS	14
LISTA DE QUADROS.....	15
LISTA DE GRÁFICOS.....	16
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	17
INTRODUÇÃO.....	18
PRIMEIRA PARTE: DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES	40
1. REPÚBLICA, DEMOCRACIA E SEPARAÇÃO DOS PODERES NO MARCO DO MODERNO	
CONSTITUCIONALISMO	41
1.1 Estado Democrático de Direito: Democracia e República	41
1.2 A questão da legitimidade no governo do povo.....	51
1.3 Democracia: governo da maioria (majority rule) e a oposição da minoria (minority rights)	61
1.4 O legado da virtude republicana na contemporaneidade.....	65
1.5 A doutrina da divisão dos poderes e o moderno Constitucionalismo	75
1.6 Constitucionalismo brasileiro e o Princípio Republicano	90
Considerações Parciais.....	111
2. A QUALIDADE DAS LEIS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	112
2.1 A Nomogênese da lei: O processo legislativo e o desafio de colmatar os problemas decorrentes de coalizões.....	113
2.2 A doutrina do Excesso do Poder Legislativo	139
2.3 A contribuição da legística para a teoria e a prática sobre a qualidade legislativa	152
2.4 A jurisprudência: o agir prudente como técnica emoldurante e a fundamentação da racionalidade legislativa.....	187
CONSIDERAÇÕES PARCIAIS	216
SEGUNDA PARTE: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	217
3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AVALIAÇÃO LEGISLATIVA: A PRÁTICA JURISPRUDENCIAL.	218
3.1 Jurisdição constitucional e a “dignidade da legislação”	218
3.2 A jurisdição Constitucional e Soberania do Parlamento: a questão dos atos interna corporis	232
3.3 O papel da Jurisdição constitucional na acomodação de conflitos entre a maioria e minoria parlamentar e a proposta criação de uma Corte para o Brasil	245
Considerações parciais.....	256
4. MANDADO DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DO PROCESSO LEGISLATIVO.....	257
4.1 Da doutrina do Habeas Corpus ao Mandado de segurança: a problemática da lei em tese	258
4.2 A deliberação de proposta de emenda constitucional que viole cláusula pétrea	280
4.3 O Mandado de Segurança e a proteção dos direitos das minorias parlamentares.....	291
Considerações parciais.....	311
Considerações Finais.....	312
REFERÊNCIAS	322
APÊNDICES	355
APÊNDICE A - Procedimentos Legislativos	355
APÊNDICE B - Principais julgados em MS contra PEC.....	358
APÊNDICE C – Síntese dos Votos no MS 32.033/DF	360

INTRODUÇÃO

A atividade legiferante na atualidade enfrenta o desafio de colmatar os problemas decorrentes da sociedade complexa e dos avanços tecnológicos em diversas áreas do conhecimento. Contudo, a pressão de grupos sociais por uma resposta rápida pode ensejar a criação de atos normativos deficitários e incongruentes com os pilares constitucionais. Os riscos da produção normativa não se exaurem na tentativa de estabelecer a regular ordem na sociedade. A competência para editar normas deve estar adstrita a um fundamento *racional* de necessidade e coerência, isto é, a criação e aprovação de leis supérfluas e incoerentes, pode configurar *abuso do poder de legislar*. Sob essa perspectiva, a atividade legislativa deve ser exercida com responsabilidade e dentro dos limites constitucionais, consoante o disposto no art. 1º, parágrafo único da Constituição da República Federativa de 1988¹. Da mesma forma, o poder regulamentar de competência do Presidente da República, com fincas no disposto no art. 84, IV da CF/88².

O planejamento legislativo é a base do processo de verificação da qualidade da lei. Nesse sentido, os saberes proporcionados pela *Legística* permitem a racionalização do padrão e do ritmo de produção de normas jurídicas. A *Legística Material* tem por escopo atuar no processo decisional de escolha sobre o conteúdo da nova legislação e, em como o processo de regulação pode ser projetado, através da avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico.³ Com efeito, todas as três esferas do poder, no exercício de suas funções, devem ser encarregadas da *tarefa poligenética* de se aterem ao exame de constitucionalidade dos projetos de leis que tramitam perante o Parlamento, sob pena de

¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

² “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

³ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan./jul., 2007, p. 125.

haver conteúdos normativos criados em afronta à ordem jurídica democrática e cujos efeitos sejam irreversíveis, como no caso de prejuízo severo aos direitos das minorias.

O controle de constitucionalidade preventivo é exercido pelos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Contudo, em termos conceituais, o controle do Poder Legislativo ou Executivo denomina-se *controle político*. Assim, na realidade brasileira, o *Controle Preventivo de Constitucionalidade Político* refere-se àquele realizado no decurso do trâmite do processo legislativo, como por exemplo, através das Comissões de Constituições e Justiça ou pelo Poder Executivo por meio do veto Presidencial. Já o *controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade* recai sobre o processo de elaboração legiferante pela via do mandado de segurança impetrado por parlamentar.

Ao considerar a técnica de *legística* e os princípios da *legisprudência* como uma espécie de controle preventivo (político e jurídico) do projeto de lei, há uma ampliação de seu ponto de atuação e, no que concerne a garantia constitucional, passa a ser um saber poligenético. Com efeito, o estudo da qualidade da lei, compreende a técnica redacional (Legística formal), mas também, a avaliação da decisão de legislar (o conteúdo da futura norma).⁴ E, sobre esses aspectos os princípios legisprudeciais são importantes para orientar o legislador quando da criação da norma, como também servir de fundamento para a interpretação realizada pelo magistrado aplicador.⁵

Contudo, a atuação de um controle jurídico preventivo sobre as regras do processo legislativo e sobre o produto deste, diante da violação da norma constitucional, suscita um debate quanto aos limites da Jurisdição Constitucional. Quanto a essa questão, verifica-se que uma matéria subordinada ao texto constitucional, deixa de ser *exclusivamente política*.⁶ Sob esse aspecto há que se observar dois momentos: i) o momento de criação da norma em

⁴ FRAGA, Ana. VARGAS, Ana. Da qualidade da legislação ou de como o legislador pode ser um fora-da-lei. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 59-102, jan./dez., 2007, p. 62.

⁵ Apresentam-se os seguintes princípios legisprudeciais: i) princípio da alternatividade; ii) princípio da densidade normativa; iii) princípio da temporalidade e, iv) princípio da coerência. Referidos princípios inclui a prudência na intervenção do poder do Estado na interação social. WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p.10.

⁶ LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, Supremo Tribunal Federal, 2003.

que existe necessariamente uma confluência entre a ordem jurídica já posta e as questões políticas, sociais e econômicas que justifiquem suas gêneses e, ii) o plano da aplicação da norma que, em regra, deve-se primar pela segurança da objetividade. A atuação do Supremo Tribunal Federal, em casos necessários que violem preceitos constitucionais no *iter* do processo legislativo, encontra-se materializado na primeira hipótese, com efeito, há que se reconhecer um controle preventivo jurisdicional e político de constitucionalidade. Reitera-se que a tarefa de criação da norma no que concerne à guarda dos valores constitucionais é poligenética. Observa-se como regra, a vontade da maioria, mas quando esta atua com excesso, por exemplo ao usurpar direitos da minoria, impera-se a contenção republicana.

Assim, a partir desse entendimento, há que se dimensionar a extensão da atuação do Supremo Tribunal Federal como instituição legítima para a avaliação e aplicação do *freio* republicano à vontade majoritária ofensiva à Constituição. Enquanto o Legislativo é o *locus* das escolhas majoritárias e o Executivo representa o espaço para as escolhas discricionárias, reserva-se ao Poder Judiciário o juízo de composição técnica. A *accountability* do Poder Judiciário é um processo necessário, porém de natureza distinta, uma vez que seus membros não são eleitos, mas devem da mesma forma *prestar contas* de seus atos. Essa constatação não indica a supremacia de um poder sobre o outro, mas sim a *supremacia dos valores constitucionais*, base do Estado Democrático de Direito. Em termos de uma democracia representativa se “todo poder emana do povo que o exerce através de seus representantes” há que se promover o *bem da coletividade* sem qualquer discriminação, como fundamento da República Federativa do Brasil.⁷ E, havendo “ameaças” a esse direito constitucional, enseja-se à apreciação do Poder Judiciário, mais precisamente do guardião da Constituição.⁸ Trata-se, *in casu*, de governo de Leis e não de magistrados. Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito fundamentado no *Judicial Review* e no *Constitutional Review* representa, na verdade, um governo com juízes.⁹

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 1º, parágrafo único e artigo 3º, inciso IV. Brasília. Senado Federal, 2015.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 5º, inciso XXXV e artigo 102. Brasília. Senado Federal, 2015.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

O pilar da *vontade do povo* insculpido nos regimes democráticos é, na verdade, institucionalmente representado pelas três funções do Estado. Todo poder estatal origina-se do povo. Essa constatação importa compreender não só o parlamento, mas também o Tribunal Constitucional como representação do povo, através de uma *legitimidade argumentativa* de proteção à Constituição¹⁰, sem perder de vista também a atuação do poder executivo na execução das políticas públicas. Ocorre que referidas representações ocorrem de formas diferentes: o Parlamento e o Executivo representam o povo politicamente; já o Tribunal Constitucional representa de forma argumentativa a vontade de seus representantes materializada na Constituição. Com efeito, ao Parlamento cabe a função de elaborar leis em consonância com o legítimo processo democrático. E ao tribunal impõe-se o dever de interpretar *republicanamente* e controlar essas *leis* buscando *democratizá-las* em consonância com os valores do Estado de Direito.¹¹

Cumprе ressaltar ainda que a pretensa *interferência* do Poder Judiciário em atos do Poder Legislativo pode transparecer a possibilidade de interromper o debate da matéria no âmago da arena discursiva por natureza. Quanto a essa observação, entende-se que, em verdade, não se trata de ceifar a deliberação, algo prejudicial a uma democracia. Mas sim, a partir de instrumentos legítimos constantes do próprio modelo de democracia republicana, ampliar o debate. Trazer o Judiciário à arena, como órgão legítimo para participar da tarefa de criação da norma. Contudo, resta saber se mesmo diante dessa possibilidade, o Supremo Tribunal Federal, por razões de escolhas diversas, tem a intenção de participar de mais essa celeuma. Sobretudo, diante uma postura de contenção adotada pelo Tribunal no que concerne a atuação preventiva de constitucionalidade.

Assim, diante dessa realidade fática e dos pressupostos teóricos, o desenvolvimento do trabalho compõe a estrutura a seguir apresentada.

¹⁰ ALEX, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 217, jul/set. 1999, p. 66.

¹¹ ALEX, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 217, jul/set. 1999, p. 66.

1. Tema

O tema central do presente trabalho é: a contribuição da Legisprudência para a qualidade das leis no controle político e jurisdicional de constitucionalidade pela via do mandado de segurança.

2. Objeto de estudo

Os objetos de investigação são os mandados de segurança nos quais as matérias *sub judice* se referem ao trâmite de Proposta de Emenda à Constituição (PEC) tendente a violar cláusula pétrea e julgamento quanto à tramitação inconstitucional de proposições legislativas ordinárias (PLO). Com efeito, no que concerne ao estudo de caso em decisões judiciais são analisados especificamente os seguintes julgados: i) MS 20.257/DF, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves publicado no DJ em 27.02.1981; ii) MS 32.033/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Relator para o Acórdão, Min. Teori Zavascki, publicado no DJ em 18.02.2014. Referidas ações foram escolhidas por duas razões. O Primeiro caso se refere a um Mandado de segurança impetrado contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional tendente à abolir cláusula Pétrea. Trata-se de um julgamento histórico, um *leading case*, que sob a égide da Constituição de 1967 e, da Emenda Constitucional de 1969, fixa as bases para o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao cabimento do mandado de segurança como instrumento para a defesa do direito público subjetivo do parlamentar a não deliberar sobre proposta tendente a abolir cláusulas pétreas. Já a escolha sobre o MS 32.033/DF repousa sobre a constitucionalidade da tramitação do Projeto de Lei 4.470/2012, que visa a alterar as Leis 9.096, de 1995, e 9.504, de 1997, Lei dos Partidos Políticos e Lei das Eleições, respectivamente. O Julgamento deste MS deu-se em um momento de ebulição política e social, sobretudo diante da proximidade do pleito eleitoral para a escolha do próximo Presidente da República.

3. Problemas e Pressupostos

A partir do contexto exposto e da delimitação do objeto, a pesquisa apresenta os seguintes problemas de ordem geral:

Problema Geral (1) – Como caracterizar os excessos no impulso de legislar, considerando-se um quadro institucional democrático e republicano?

Problema Geral (2) – A partir da caracterização mencionada no Problema Geral (1): Como conciliar a liberdade de legislar, conferida pela democracia representativa, com as limitações decorrentes dos princípios republicanos?

O primeiro pressuposto geral deste trabalho – **Pressuposto Geral (1)** – é que os princípios prudenciais aplicados à atividade legiferante (*Legisprudência*), associados às técnicas de avaliação legislativa promovidas pela *Legística*, constituem-se em instrumentos para se caracterizar os excessos no impulso de legislar.

O segundo pressuposto – **Pressuposto Geral (2)** – é que os princípios prudenciais e as técnicas de avaliação legislativa, ao imporem uma justificação sistemática da atividade normativa, reduzem a possibilidade de produção de normas que, em última instância, transgridam os fundamentos democráticos e republicanos. Assim, a liberdade de legislar é garantida, mas dentro dos limites da legitimidade do mandato representativo – limites que, modernamente, são estabelecidos por uma constituição.

Passando de um plano mais geral a um específico, apontam-se os demais problemas e postulados.

A) **Problema 1 – fático e institucional:** A proposta da tese é analisar a exceção, isto é, a necessidade da interferência entre os Poderes, a partir do modelo de *freios e contrapesos*, aplicáveis a situações específicas. A regra é a *harmonia* entre os Poderes, mas há casos concretos que podem ser impugnados pela via do Mandado de Segurança interposto por parlamentar. Esses casos concretos são delimitados a partir dos objetos de investigação: tramitação de PEC que viole cláusula pétrea e tramitação de Lei infraconstitucional que ofenda direitos das minorias. Assim, nessas situações, como se dá o diálogo entre os poderes Judiciário e Legislativo no contexto de uma democracia republicana? Dworkin, ao analisar a evolução do papel desempenhado pela Suprema Corte norte americana a partir do caso *Marbury versus Madison* em 1803, ressalta que na

atualidade “a questão crucial não é saber que poder tem a Corte Suprema, mas como deve ser exercido seu vasto poder”.¹²

A.1) **Pressuposto 1 - para o problema fático e institucional:** Parte-se da premissa que os problemas jurídico-políticos são, em verdade, problemas unificados. Nesse sentido, a dinâmica de atuação entre os Poderes, sobretudo o exercício da função jurisdicional confiada ao Poder Judiciário, representa a busca de um equilíbrio necessário, uma espécie de *freio* republicano à realização do bem da coletividade, essência da democracia.¹³

B) **Problema 2 - valorativo e institucional:** Como se dá o diálogo institucional entre os Poderes? No contexto da democracia representativa brasileira, qual o papel do controle político e jurídico de constitucionalidade contra uma eventual *tiranía da maioria*, entendida como critério de formação da *vontade* constante de um projeto de lei? O que se entende por direito das minorias partidárias?

B.1) **Pressuposto 2 para o problema valorativo e institucional:** A atuação da Jurisdição Constitucional, nos tipos de casos indicados, é uma espécie de *freio* republicano, i.e.: um mecanismo de contrapeso à soberania Parlamentar quando há *abuso de poder*.¹⁴ Em uma visão mais ampla, não se trata de obstar o debate no Parlamento, arena democrática por excelência. Mesmo porque, *in casu*, a competência para a propositura do Mandado de Segurança é do próprio parlamentar diante de uma possível violação de seu direito público subjetivo de não se submeter a processo legislativo inconstitucional, sobretudo nos seguintes casos: (i) deliberações sobre projetos de leis que violem cláusulas pétreas; (ii) procedimentos que violem direitos das minorias.

Na verdade, o debate continua no âmbito do Poder Judiciário, que só age pode agir por provocação. Ressalta-se também a ampliação do debate a partir da aceitação dos *amici curiae* no âmbito do julgamento do MS. Cumpre lembrar ainda o princípio da

¹² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 427.

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.110.

¹⁴ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

inafastabilidade do controle jurisdicional insculpido no art. 5º, inc. XXXV, CF e a impossibilidade do *non liquet*.¹⁵

Em verdade, o problema também reside em outras questões como, por exemplo, o fato do Supremo Tribunal Federal não ser, tecnicamente, uma Corte Constitucional; a forma de escolha dos Ministros; ausência de mandatos. Outro ponto tormentoso que se impõe sobre a prática processual pela via do Mandado de Segurança é o seu uso político, o que poderia acarretar um excessivo número de impetrações infundadas, como uma espécie de *panaceia judiciária* para a cura de *todos os males*, nas palavras de Victor Nunes Leal.¹⁶ Assim, em desfavor de uma generalização desmedida, há que se conceberem as hipóteses excepcionais de cabimento do *writ*, sobretudo diante de contextos delineados por parte do Poder Legislativo, mormente quanto às deficiências legislativas decorrentes da formação de coalizões oscilatórias e na sobreposição de *vontades*, que em situações pontuais tendem a não observar exigências formais e até mesmo materiais para a formação da norma.

C) **Problema 3 - normativo e jurisprudencial:** qual a natureza do Mandado de segurança como instrumento de controle preventivo de constitucionalidade? Quais são as hipóteses fáticas de cabimento do MS? Ainda, qual o sentido da expressão *deliberação* contida na norma constitucional em seu art. 60, §4º, CF/88?¹⁷ O controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade recai sobre o processo de elaboração legiferante pela via do mandado de segurança impetrado por parlamentar. Contudo, a Súmula 266/STF de 13/12/1963¹⁸ pacifica o entendimento no sentido do não cabimento do MS contra lei em

¹⁵ “Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010”.

¹⁶ LEAL, Victor Nunes. Questões Pertinentes ao mandado de segurança. In **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 441.

¹⁷ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula nº 266**. Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em 30.05.2013.

tese. Contudo, “é de se indagar se ainda subsistem razões para a manutenção dessa orientação restritiva.”¹⁹

C.1) **Pressuposto 3 - para os problemas normativo e jurisprudencial:** Verifica-se a necessidade de atualização da interpretação dada ao precedente com a possibilidade de aplicabilidade do *distinguishing* e até mesmo, em última hipótese, a *overruling*.²⁰ Assim, quanto à vedação imposta pela Súmula 266/STF, de que não cabe MS contra lei em tese, apresenta-se a possibilidade de uma revisão em razão do contexto democrático republicano contemporâneo. É chegada a hora de se rever o sentido dessa proibição criada em circunstâncias especiais não mais presentes na realidade constitucional instaurada a partir de 1988. Assim, em situações específicas (a regra é a harmonia), há que se reconhecer, em visão consequencialista, que os efeitos da publicação da lei advinda de um processo viciado são mais danosos que o exercício do controle preventivo. Conforme, ainda ressoa a advertência de Leal:

“Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As consequências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis.”²¹

A considerar que a virtude republicana na contemporaneidade constitui-se, sobretudo no respeito à *res publica* através da ética na política, da garantia do devido processo legal substantivo, pode-se afirmar que em termos institucionais, que o Estado Democrático de Direito segue orientado sob a perspectiva do Império do Direito (*Rule of Law*) e da revisão judicial (*Judicial Review*), conforme o modelo norte americano de controle de constitucionalidade ou, *Constitutional Review* de acordo com o sistema austríaco. Nesse sentido, a jurisdição constitucional representa a aplicação da garantia republicana para o exercício e o controle da ordem jurídica democrática. Em verdade, o Supremo Tribunal Federal não representa a última esperança da sociedade, o seu *superego*, o *paladino*

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 548.

²⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

²¹ LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, vol. 1, p. 32.

salvador, mas à luz do sistema brasileiro de constitucionalidade que pertence à tradição do modelo de freio e contra pesos, a atuação do Supremo Tribunal Federal é legítima ao defender a Constituição e os valores nela insculpidos como a garantia do direito de oposição.²²

D) **Problema 4 – problema doutrinário e jurisprudencial**²³: No que concerne ao momento do controle de constitucionalidade, o modelo brasileiro adota o modelo de controle político de constitucionalidade e no que concerne ao controle jurisdicional, prima-se pelo sistema repressivo. Ao argumento de que:

“No Brasil se pratica o controle judicial preventivo, pois o STF admite que membros do Congresso Nacional possam impugnar projetos de leis inconstitucionais mediante mandado de segurança. **Mas essa competência é exercida de maneira muito parcimoniosa para evitar fortes interferências em assuntos internos de poder legislativo, levando em consideração que a lei poderá ser objeto de fiscalização após a sua promulgação**”.²⁴ (grifo nosso)

Assim, qual a justificativa e a extensão do controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, sobretudo diante da possibilidade de controle político, como o exercido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC e, ainda pelo Poder Executivo através do veto?

D.1) **Postulado 4 para o problema doutrinário e jurisprudencial**: Primeiramente, há que se verificar duas situações:

i) O controle preventivo de constitucionalidade de PEC pela via do MS: o exercício desse controle jurisdicional preventivo tem por objetivo impedir a tramitação de PEC lesiva a cláusulas pétreas. Em regra, trata-se de uma **inconstitucionalidade formal**, isto é, a questão discutida é relativa ao processo legislativo previsto pela Constituição Federal para o trâmite

²² A expressão *superego* se refere à autora Ingborg Maus. MAUS, Ingborg. **Judiciário como superego da sociedade o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. Novos Estudos, CEBRAP, n.º 58, novembro 2000, p. 183-202.

²³ Ressalta-se que a doutrina do controle de constitucionalidade em sede de mandado de segurança é formada, sobretudo, em razão de julgados sobre o tema.

²⁴ DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 77-78.

de PEC. “O próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição”. Esse entendimento encontra respaldo na Jurisprudência do STF.²⁵

ii) O controle preventivo de constitucionalidade através da impetração de mandado de segurança para suspender a tramitação de projeto de lei (infraconstitucional) violador de cláusulas pétreas. Trata-se de um remédio constitucional protetivo do direito de oposição, ou do direito das minorias, que se insere no princípio democrático-republicano. Essa tese é minoritária na doutrina²⁶ e possui aceitação em alguns votos pontuais no STF²⁷.

Nesse contexto, associando-se os saberes da *Legística* à prudência elementar à razão criadora e interpretativa da lei, a tese sustenta a utilização dos princípios constantes da *legisprudência* como uma forma de compreensão do processo de criação das normas pelo legislador. O diálogo legisprudencial pode servir de apoio ao julgador na construção de sua decisão. Verifica-se ainda que a atuação do Supremo Tribunal Federal deve ocorrer de forma *legítima e racional*, sobretudo em obediência ao princípio da interpretação conforme a Constituição e também ao princípio do controle corretivo funcional inserido no sistema de freios e contrapesos.

4. Cortes metodológicos:

“Sei que os juristas são cheios de si: o fato de nossa profissão nos pôr em contato com muitas disciplinas costuma gerar a ilusão de que nós as compreendemos por completo”.²⁸

Obediente à advertência de Ely e também a de Umberto Eco, de que uma tese deve ter um tema circunscrito,²⁹ o desenvolvimento da temática proposta limitou-se a análise em pontos específicos, deixando-se em segundo plano outras temáticas igualmente relevantes, a saber:

i) Ativismo judicial: importa ressaltar um recorte realizado no trabalho em tela, os casos brasileiros de ativismo judicial não serão objetos de análise pormenorizada no

²⁵ Com destaque para os MS 20.257 e MS 32.033 apresentados como objetos de estudo na presente pesquisa.

²⁶ Principal defensor Gilmar Ferreira Mendes.

²⁷ Atualmente: Dias Toffoli, Celso de Mello e Gilmar Ferreira Mendes.

²⁸ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 75.

²⁹ ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 16.

presente trabalho. Parte-se da constatação de que as decisões em sede de mandado de segurança não se enquadram na modalidade de decisões *excessivamente criativas*.³⁰ A própria inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, CF) assegura, com *grano salis*, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário. Ademais, a inércia do legislativo *in casu* será estabelecida pelo Judiciário. Com feito, o problema não é a intervenção pura e simplesmente, mas sim o agir prudente quanto aos limites da *ratio decidendi* em sede de MS. A regra é a não intervenção, mas em casos excepcionais de flagrante desrespeito à garantia constitucional de direitos cabe um agir positivo e fundamentado por parte do *guardião da constituição*. Com efeito, a partir da hipótese analisada na tese, indica ser mais razoável fundamentar a ação do Supremo Tribunal Federal como freio republicano, do que como uma *disfunção no exercício do poder jurisdicional*.³¹ Considerando que há diferenças práticas e conceituais entre *ativismo* e *judicialização*, a presente tese se limita analisar as decisões tomadas no campo do direito que ingressam diretamente na seara da política ao resolver tecnicamente problemas políticos por meio de critérios essencialmente jurídicos. Em regra, há que se refletir sobre a possibilidade de uma *Supremocracia*,³² mas para o presente trabalho a proposta é verificar o funcionamento legítimo e prudencial de um governo *com* juízes. Parte-se da constatação que a atuação da Jurisdição constitucional é legítima e está inserida na dinâmica de freios e contrapesos. Assim não que se falar em predominância de um poder sobre o outro. Contudo, afasta-se a acepção do Supremo Tribunal Federal como um “paladino ou salvador da ordem jurídica”.³³ “O judiciário, enquanto controle *contramajoritário*, exerce um papel fundamental para a própria

³⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

³¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.

³² VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4(2) | P. 441-464 | Jul. Dez 2008.

³³ CHAMON JUNIOR. Prefácio a segunda edição de CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

configuração da democracia em contraposição a uma ditadura da maioria”.³⁴ Nas palavras de Ayres Britto, “ativista não é o magistrado é, a própria Constituição”.³⁵

ii) Não é objetivo do trabalho, fazer uma abordagem mais profunda sobre a segurança jurídica. A segurança jurídica a partir do contexto de desenvolvimento do trabalho representa uma garantia à estabilidade, dinâmica e confiança no marco de um Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, a segurança jurídica apresenta-se como uma garantia do Direito que impõe limites às instituições, em especial, aos órgãos jurisdicionais e também à função legiferante.

iii) No que concerne à Minoria, este conceito será trabalhado apenas como direito de oposição. Não é objetivo dessa tese realizar um estudo interdisciplinar sobre a teoria das decisões coletivas – “patrimônio de poucos cultores na ciência e política”³⁶ – e, tampouco aprofundar nas minorias enquanto grupos sociais. Assim, o sentido de minoria pode ser considerado como “representação partidária que, sendo a segunda em número de membros, em relação ao Governo, expresse posição diversa da maioria.”³⁷

5. Argumento geral de defesa da tese

A partir dos problemas e postulados apresentados, defende-se a tese de que, em virtude da configuração brasileira, mormente em momentos pontuais, no que se refere ao *excesso de poder na formação da lei*³⁸ e a disfunção do governo da maioria (*majority rule*) em ofensa ao direito de oposição da minoria (*minority rights*), em situações específicas, consoante as apresentadas como objeto de pesquisa, admite-se o controle judicial preventivo, nos casos de mandado de segurança impetrado por parlamentar com o objetivo de impedir a tramitação de proposições lesivas à ordem constitucional. Reitera-se que a

³⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação a CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 33.

³⁵ BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. **Exposição oral nos debates sobre ativismo judicial por ocasião da reunião do CBEC**. Brasília: UniCEUB, 2014. Notas de aula.

³⁶ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco et ali. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 312.

³⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Artigo 13. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

³⁸ A doutrina do excesso de poder será refletida ao longo do trabalho. Contudo, *prima facie*, parte-se do ponto de que o legislador é livre para criar a lei, contudo trata-se de uma liberdade vinculada.

regra do modelo judicial brasileiro é de feição repressiva.³⁹ Assim, é fundamental compreender a exceção nos domínios de um Estado Democrático de Direito. Em verdade, o instituto do mandado de segurança advém da consolidação da *doutrina do Habeas Corpus* e, em linhas gerais representa um processo de evolução e adequação à realidade brasileira. Sob esse aspecto pode-se questionar: A ordem jurídica parou de evoluir? A toda evidência, está diante de um problema institucional e que precisa ser solucionado de acordo com as *regras do jogo* constantes de um Estado Democrático de Direito.

Com efeito, diante do sistema de freio e contrapesos entre os poderes é possível um diálogo entre legisladores e juízes na tarefa prudencial da *nomogênese legislativa*. A técnica de legística e os princípios da legisprudência representam um saber associado à prática política-jurídica.

6. Descoberta da tese

“Todo novo incomoda, porque questiona o já adquirido, o já instituído, o já fixado e aceito; se não questionar, não é novo, mas ‘novidade’, de efeito desodorântico”.⁴⁰

Inocência Coelho alertava em suas aulas que os conflitos são da natureza humana e que o importante são os mecanismos de solução e retorno da ordem. Nesse sentido, uma das funções primordiais do jurista era transformar o *caos* em *cosmos*, isto é, sistematizar o que está pulverizado.⁴¹ Aceito o desafio, a presente tese apresenta como contribuição um estudo sobre um tema tormentoso, que parte de um posicionamento doutrinário e jurisprudencial minoritário. Mas, que não obstante, reconhece-se que *também* as exceções e, *sobretudo*, estas necessitam de aprofundamento. A tese também contribui para uma reflexão no campo jurídico brasileiro sobre a *qualidade da lei*, a partir de experiências exógenas. Verifica-se que, não obstante, a lei ser fonte primeira, pouca atenção se volta para

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1056.

⁴⁰ COELHO, Inocência Mártires. Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos. Saraiva, 2010, p. 36, em citação à JAPIASSU, Hilton. **O sonho transdisciplinar e as razões da filosofia**. Rio de Janeiro: Imago, 2006, p. 34-37.

⁴¹ COELHO, Inocência Mártires. Seminário “O direito como linguagem/texto e como interpretação/argumentação”. 10 abr. 2014. Notas de aula.

seu processo de formação, sobretudo no que concerne às implicações reais das escolhas políticas.

Com efeito, a tese tem por fundamento demonstrar que a atuação da Jurisdição Constitucional pode funcionar como um *freio republicano* à vontade democrática, quando esta colide com as garantias Constitucionais. Nesses casos não há como confinar o processo de elaboração dos atos normativos somente à dimensão política. Assim, ao levar o debate sobre a formação da lei para o Poder Judiciário é possível aplicar uma troca de saberes no que concerne a *nomogênese* legislativa.⁴² Essa tarefa é reconhecida como *poligenética*, isto é, no que concerne a um controle de constitucionalidade preventivo, o judiciário pode ser participe na análise de constitucionalidade das proposições. Um ponto em comum que possibilita o *diálogo* entre legislador e intérprete jurisdicional pode ser estabelecido a partir da necessária prudência também aplicável à formação da lei. Juízes e legisladores são diferentes, mas se aproximam na ideia de prudência. E, por razões de controle e transparência, ambos devem fundamentar suas escolhas e decisões de forma *razoável*. Sob essa perspectiva, os princípios da legisprudência podem contribuir para a tomada de decisão entre criar ou não uma lei. E, uma vez que se decida por sua criação é importante que se fundamente os motivos ensejadores. A justificativa é parte importante do processo de formação legislativa, como também, se constitui em fonte para o intérprete jurisdicional.

A tese suscita ainda uma reflexão sobre o aperfeiçoamento do modelo de controle preventivo de constitucionalidade na realidade brasileira. A difusão da doutrina do *habeas corpus* e a ampliação de sua utilização pela Jurisprudência foram fatores que contribuíram para a instituição do mandado de segurança, a partir da Constituição de 1934 (suspensão na Constituição de 1937). Ocorre que, a prática brasileira na atualidade carece de um instrumento jurisdicional efetivo para a análise da constitucionalidade da lei no momento de

⁴² “Para que se possa falar, por conseguinte, de ‘fonte do direito’, isto é, de fonte de regra obrigatórias, dotadas de vigência e de eficácia, é preciso que haja um poder capaz de especificar o conteúdo do devido, para exigir o seu cumprimento, não sendo indispensável que ele mesmo aplique a sanção. É por isso que se diz que o problema das fontes do direito se confunde com o das formas de produção de regras de direito vigentes e eficazes, podendo ser elas genéricas ou não. Por ora, podemos fixar esta noção essencial: toda fonte de direito implica uma estrutura normativa do poder, pois a gênese de qualquer regra de direito (nomogênese jurídica), só ocorre em virtude da interferência de um centro de poder, o qual, diante de um complexo de fatos e valores, opta por dada solução normativa com características de objetividade.” (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141).

sua formação, considerando, sobretudo a dinâmica oscilatória dos controles políticos. Diante dessa constatação, os princípios da jurisprudência podem auxiliar na composição desse instrumento ou, em grau mais imediato, possibilitam a formação de critérios objetivos em auxílio à interpretação constitucional pela via excepcional do mandado de segurança.

7. Contexto

A tese analisa a realidade Brasileira enquanto uma República Federativa que se constitui em um Estado Democrático de Direito, pautada no pluralismo político o que autoriza e legitima a liceidade para a discordância, papel fundamentalmente exercido pela minoria.⁴³ Contudo, em que pese a especificidade do objeto, este não comporta uma análise hermética e isolada. Assim, experiências exógenas foram colacionadas como forma de compreender, sobretudo, o sentido de Estado Democrático de Direito, a ideia de República e o moderno constitucionalismo. Ainda, no que concerne à legística reputou-se necessário fazer um inventário sobre a evolução teórica e prática do modelo que hoje se desenha de forma internacional e comunitária. E, por fim, a jurisprudência como um contributo internacional para o aprimoramento para a qualidade das leis. Verifica-se que referidas teorias e práticas demandam a necessária adequação ao contexto social em que se aplicam.

8. Justificativa

A temática que envolve a elaboração da tese reveste-se de uma questão tormentosa no campo doutrinário, jurisprudencial e com repercussões na *práxis* jurídica-política. Nesse sentido é importante uma reflexão mais aprofundada sobre a nomogênese da lei, isto é, conforme Reale, a criação da norma jurídica.⁴⁴ E, a partir desse desafio contribuir para repensar os modelos de atuação da jurisdição constitucional como componentes de conformação dos critérios de qualidade da lei, a começar pela própria condição de constitucionalidade. Se não há como *extinguir* a criação de leis deficitárias, há como se *reduzir* a possibilidade de sua produção, com o auxílio das técnicas de legística e dos princípios jurisprudenciais. Em particular, na realidade institucional brasileira diante da

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 1º. Brasília. Senado Federal, 2015.

⁴⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 163.

ausência de um instrumento efetivo de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade cumpre analisar a utilização do mandado de segurança para essa finalidade.

9. Considerações metodológicas

Ciente de que o “método não consegue explicar a escolha do método e, consciente do *princípio da inegabilidade do ponto de partida*, o presente trabalho primou por desenvolver uma pesquisa *dogmática* no que concerne a análise do fenômeno jurídico como um fenômeno normativo.⁴⁵ Para isso, utilizou-se o procedimento analítico de decomposição do problema de pesquisa “em seus diversos aspectos, relações e níveis”. Esse procedimento, segundo Miracy Gustin e Maria Dias, é do tipo jurídico-compreensivo.⁴⁶ Assim, através de um *procedimento analítico* busca-se uma decomposição do tema, a partir de problemas e postulados.⁴⁷ Contudo, no *iter* dessa investigação, sobretudo no que concerne ao problema da *qualidade da norma*, priorizou-se por um enfoque *zetético*, ao *perquirir* a outras áreas do conhecimento, como a própria legística, no intuito de não se converter em tom *monológico*.⁴⁸ Com efeito, a partir das reflexões elaboradas ao longo do trabalho, são realizados “questionamentos a algumas instituições jurídicas com o objetivo de propor mudanças”, com base no referencial teórico da Legística, da Legisprudência e do Direito Constitucional. Portanto, ainda conforme Gustin e Dias, a pesquisa possui elementos do tipo jurídico-propositivo.⁴⁹

⁴⁵ ZACCARIA, Giuseppe. **Razão jurídica e interpretación**. Madrid: Civitas, 2004, p.337. COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, P. 138.

⁴⁶ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 49-50.

⁴⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33.

⁴⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 21.

⁴⁹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 104.

Especificamente na segunda parte do trabalho, no capítulo destinado à análise dos mandados de segurança, enquanto objetos de pesquisa utiliza-se a proposta metodológica de *estudo de caso*.⁵⁰

Importa destacar, ainda, que os referenciais teóricos que informará a pesquisa são marcados pela influência do pensamento liberal na formação da tradição democrática presente nas ideias de liberdade e igualdade, sobretudo em Locke e Constant. O conceito republicano na tradição brasileira contemporânea é formado a partir das ideias de Geraldo Ataliba e Renato Ribeiro, mormente no que concerne ao papel da oposição na formação das regras do jogo democrático. Noberto Bobbio é o principal marco no que tange ao sentido de Estado Democrático de Direito, como uma síntese de valores Republicanos e Democráticos que sobre a égide do moderno constitucionalismo representa o Império do Direito (*Rule of Law*) e o sistema de *Judicial Review* (pautado no modelo estadunidense), sem perder de vista também a sistemática do *Constitutional Review* (com fundamento no modelo austríaco-germânico). Ainda, sobre essa temática promove-se um diálogo com outros autores, como Kelsen no que tange à jurisdição constitucional enquanto guardião da constituição. Waldron constitui um marco para análise da dignidade da lei e Ely como um crítico à atuação da Suprema Corte, ambos a inspirar o modelo brasileiro.

Também se utilizou como teoria, o Constitucionalismo norte americano dos *Founding Fathers* que influenciou fortemente o modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade brasileiro. A leitura crítica de Bruce Ackerman é um referencial teórico para compreender a nova separação de poderes. O processo legislativo brasileiro tem como marco a terminologia adotada por José Afonso da Silva e no que concerne à nomogêneses jurídica segue-se a partir da leitura de Reale. Ainda no campo da criação da lei, adotam-se as considerações doutrinárias de Kildare e Manoel Gonçalves. Os problemas derivados da

⁵⁰ “[...] No estudo de caso se realiza um estudo intensivo de uma decisão, um grupo de decisões ou uma questão-problema jurídica determinada, por meio da exploração da maior quantidade de variáveis nela envolvidas, numa perspectiva de múltiplas variáveis de um evento ou situação única, chamado de “caso”. O objetivo do estudo de caso é que o pesquisador adquira compreensão mais acurada sobre as circunstâncias que determinaram a ocorrência do determinado resultado, apreendendo as complexidades envolvidas na situação. Nesse caso, ao invés de utilizar uma metodologia rígida, com um protocolo fixo e determinado, o estudo de caso pressupõe uma certa autonomia na construção da narrativa e da estrutura de exposição do problema.” FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões. **Universitas**: jus. Centro de Ensino Unificado de Brasília – UniCEUB. Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez., 2010.

doutrina do excesso de poder tem como marco as reflexões de Canotilho. No que concerne aos estudos da legística, o marco apresentado refere-se as ideias de Blanco de Moraes. Já os princípios legisprudenciais possui como base teórica o pensamento de Wintgens. E, por fim a doutrina do Mandado de segurança é trabalhada a partir da perspectiva de Rui Barbosa, como expoente da doutrina do *Habeas Corpus* e a possibilidade de utilização do mandado de segurança como instrumento de controle de constitucionalidade é desenvolvida sob o fundamento teórico de Gilmar Mendes.

O *instrumentarium* da pesquisa contou com os recursos da Lei de Acesso à informação para a coleta de dados sobre proposições legislativas obtidos no âmbito da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.⁵¹

Ao longo dos quatro anos de pesquisa, as obras clássicas mais antigas que a autora não possuíam em sua biblioteca foram obtidas, sobretudo através da rede RVBI de bibliotecas integradas. Bem como, contou com o valioso auxílio da Biblioteca particular do Professor Inocêncio Coelho. Os textos em língua estrangeira contaram com o acesso ao sistema da *Hein Online* e *Ebsco*, com suporte da biblioteca do UniCEUB.⁵² Ressalta-se que a pesquisa quanto ao tema *legisprudência* realizada na plataforma LexML retorna com apenas uma referência.⁵³ Assim foram utilizadas outras plataformas de acesso à pesquisa, com destaque para *Social Science Research Network (SSRN)*; *Onlinelibrary*, *The Scientific Electronic Library Online* e *SciELO*.⁵⁴

⁵¹ BRASIL. **Lei nº 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 03 jan. 2015.

⁵² Disponível em: HEIN ONLINE <<https://home.heinonline.org/>>; EBSCO <<https://www.ebsco.com/>> (acessos restritos) com permissão a partir de: UniCEUB <<http://www.uniceub.br/biblioteca/servicos.aspx>>.

⁵³ MADER, Luzius. Legislação e jurisprudência. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 193-206, jan./dez., 2007.

⁵⁴ SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK. **Home**. SSRN. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/en/>>; WILEY ONLINE LIBRARY. **Ratio Juris**. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/raju.2006.19.issue-1/issuetoc>>; SCIENTIFIC ELETRONIC LIBRARY ONLINE. **SciELO**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>.

Os trabalhos acadêmicos utilizados foram retirados dos bancos de dados físicos e também eletrônicos das respectivas instituições, sobretudo: UniCEUB, UNB, UFMG e USP. Além também de dissertações e teses disponíveis em domínio público.⁵⁵

No que concerne a pesquisa jurisprudencial, sobretudo dos julgados mais antigos foi realizada *in loco* e virtualmente com o apoio da Coordenadoria de Gestão Documental e Memória Institucional do Supremo Tribunal Federal.⁵⁶

Por fim, o presente trabalho também é fruto do desenvolvimento da atividade de extensão, a partir do diálogo entre instituições. Nesse sentido, as reflexões constantes da pesquisa foram submetidas a teste através dos profícuos debates promovido no CEFOR no âmbito da Câmara dos Deputados e no CONPEDI, São Paulo.

10. Objetivos

A presente pesquisa tem por objetivo geral compreender o papel da jurisdição constitucional na garantia do processo de formação de boas leis. Assim, para efeito desse trabalho, o sentido de boas leis remete à aplicação das técnicas de legística e dos princípios jurisprudenciais na nomogêneses legislativa. No *iter* de aplicação dos problemas e na análise dos pressupostos, os objetivos específicos têm por função:

- a) Analisar a doutrina da separação dos poderes no marco do moderno constitucionalismo;
- b) Apontar as razões que norteiam a necessidade de justificativa nas decisões legislativas;
- c) Propor o diálogo entre a prudência jurídica e a prudência legislativa;
- d) Incorporar a atuação da jurisdição constitucional como uma tarefa poligenética no exercício do controle constitucional sobre a lei;
- e) Verificar a utilização do mandado de segurança como um instrumento de controle do processo legislativo e;
- f) Indicar um espaço de criação de um instrumento próprio para o controle preventivo de constitucionalidade.

⁵⁵ PORTAL DOMÍNIO PÚBLICO. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>.

⁵⁶ STF, Seção de Arquivos: arquivo@stf.jus.br.

A partir desses escopos demonstra-se a lógica de divisão do trabalho, constante do roteiro de pesquisa.

11. Roteiro de pesquisa: divisão do trabalho

Prima facie, cumpre esclarecer que o trabalho é composto por duas partes. Na primeira parte (capítulos 1 e 2) desenvolve-se uma reflexão a partir de um diálogo entre as funções do Estado sob a perspectiva dos valores democráticos. A segunda parte do trabalho (capítulos 3 e 4) destina-se a uma análise, a partir dos princípios republicanos constantes de um Estado Democrático de Direito, sobre a atuação da Jurisdição Constitucional. Feita essa ressalva, a pesquisa segue a seguinte disposição.

No capítulo primeiro desenvolve-se uma análise sobre as características próprias da Democracia e da República para, em seguida, demonstrar a junção entre ambos na constituição do Estado Democrático de Direito. Essa parte da tese tem por objetivo trabalhar a confluência entre Direito e Política no contexto contemporâneo. Com efeito, a democracia republicana está moldada ao *Rule of Law*, ao governo da maioria e aos direitos das minorias, tudo isso resguardado pelos valores contidos na Constituição. E, na garantia desses pilares, está a importância da jurisdição constitucional para a preservação e evolução da própria democracia. Fixadas as bases do sentido conferido ao Estado Democrático de Direito, examina-se ainda no capítulo primeiro, a experiência brasileira.

Em sequência, o capítulo dois destina-se à análise do desenvolvimento do processo legislativo. Trata-se de um conteúdo fundamental para a compreensão da dinâmica política-jurídica de criação e tramitação de um projeto de lei. Com efeito, em que pese os aspectos doutrinários relativos ao processo de formação das leis, este só pode efetivamente ser compreendido a partir dos efeitos gerados pelo modelo brasileiro de presidencialismo de coalização. Este *arranjo institucional* pode ser apontado como um dos fatores responsáveis pela reprodução da coalização governista na composição das Comissões e das Mesas Diretoras das Casas legislativas. O que poderia garantir um desmedido poder de controle do Executivo sobre os trabalhos do Legislativo. Essa constatação permite desenvolver, em diálogo com o capítulo um, o argumento de que a maioria parlamentar não será a todo o momento coincidente com a vontade geral insculpida na Constituição. Domesticar oposições é uma ação de consequências desastrosas. Assim, em certa medida, é salutar e legítima à

própria democracia republicana que a vontade da maioria seja contida, mormente quando as *excessos do Poder Legislativo*. É importante ressaltar, no que concerne aos atos do processo legislativo, que será dado maior destaque para as deliberações no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC e para a função do veto no que tange ao exercício do controle político de constitucionalidade. Quanto ao procedimento legislativo centralizam-se os estudos nos trâmites sobre Proposta de Lei ordinária (PLO) e Proposta de Emenda à Constituição e ao também (PEC).”

Ainda no capítulo dois desenvolve-se um estudo sobre a contribuição da Legística e dos princípios legisprundenciais para a qualidade da lei, sobretudo em seu processo de formação (*Legística ex ante*). Referido capítulo é importante por demonstrar os avanços desses saberes em outros países e também como ferramentas de um direito comunitário. Toda essa reflexão contribui para o aprimoramento do modelo brasileiro. Nesse sentido, referido capítulo demonstra uma maior extensão advinda de uma sistematização necessária para o aprofundamento das técnicas e princípios da legislação no campo do Direito. Com feito, legisladores e magistrados compõe um diálogo sobre o agir prudencial na conformação normativa dos conflitos sociais.

O capítulo três compõe a reflexão sobre o papel da Justiça Constitucional para a avaliação legislativa. A temática trabalhada parte de um debate já amadurecido no constitucionalismo moderno. Contudo, ressurge diante dos conflitos entre maioria e minoria parlamentar no contexto da nomogêneses da lei. E como juízo de composição desse embate, a Justiça Constitucional pode representar uma garantia à qualidade da lei e ao próprio Estado Democrático de Direito ao resguardar o direito de oposição.

Já o último capítulo tem por finalidade compreender a utilização do mandado de segurança como um instrumento de controle de constitucionalidade e como amparo às minorias partidárias. Na parte final desse capítulo são apresentados dois estudos de casos ilustrativos do tema/problema da pesquisa.

PRIMEIRA PARTE: DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE OS PODERES

1. REPÚBLICA, DEMOCRACIA E SEPARAÇÃO DOS PODERES NO MARCO DO MODERNO CONSTITUCIONALISMO

O objetivo dessa parte do trabalho é desenvolver uma breve revisão sobre o Estado Democrático de Direito a partir da fusão entre democracia e república. Nesse contexto, a questão da legitimidade do povo é um aspecto importante para compreender a interface entre o governo da maioria e a oposição da minoria. Essa interligação permite desenvolver o argumento de que a maioria parlamentar não será a todo o momento coincidente com a *vontade geral* insculpida na Constituição. Conter oposições é uma ação de consequências desastrosas. Assim, em certa medida, é salutar à própria democracia que a *vontade da maioria* seja contida. Esse ato de contenção é uma espécie de freio republicano. Nesse sentido, a atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto uma decisão contramajoritária tem por essência restituir o equilíbrio Democrático e Republicano. Após trabalhar os elementos da democracia, passa-se à análise da virtude republicana e suas implicações na contemporaneidade, sobretudo na realidade brasileira.

1.1 Estado Democrático de Direito: Democracia e República

“Nas sociedades urbano-industriais de massa, o Estado democrático de direito é republicano, na medida em que se apresenta como resultado das ações virtuosas das gerações precedentes e das suas criações institucionais. A sua reprodução, por isso, não requer, como condição necessária, a carga heroica que, em geral, se atribui às repúblicas antigas ou a uma república-modelo – com o corolário de uma concepção exaltada de valores comuns – uma vez que se encontra, de algum modo, internalizada nas instituições. Nessa versão, a república não se converte em uma máscara institucional meramente declaratória de direitos abstratos, uma vez que o mecanismo de base do Estado democrático de direito reside na dialética dos procedimentos” [...].⁵⁷

⁵⁷ VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Rezende de. República e civilização Brasileira. In BIGNOTTO, Newton. (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 133.

A Constituição da República Brasileira de 1988 consagra em seu art. 2^a a independência e a harmonia entre os poderes.⁵⁸ Ocorre que em situações específicas, quando há uma *interferência* mais direta do Judiciário na atividade fim do Legislativo, o diálogo institucional entre os Poderes demonstra contornos de *tensão*. Assim, diante de uma *atuação mais positiva* do Poder Judiciário em face do Poder Legislativo, é importante verificar quais são os contornos desse diálogo. Seria essa atuação uma *disfunção* da teoria da separação dos poderes e dos próprios pilares de uma Democracia Republicana?

O primeiro problema a ser analisado constitui-se em um problema fático: A regra é a harmonia e independência entre os Poderes. Contudo, na prática constitucional, como se dá o diálogo entre os poderes Judiciário e Legislativo no contexto de uma democracia republicana? Qual é o grau de legitimidade de uma decisão contramajoritária sobre um projeto de lei a ser votado por representantes eleitos pelo povo?

Para compreender essas questões, importa reconhecer que os fatos ensejadores desse diálogo constituem um problema *complexo* e que necessitam ser analisados a partir de elementos fundantes, como o instituto da separação de poderes e o moderno constitucionalismo, que compõem a evolução dos sentidos de Democracia e República.⁵⁹ Sob esse aspecto, cumpre enfatizar que não é objetivo dessa tese empreender um estudo histórico sobre referidos elementos, mas sim realizar uma abordagem específica quanto à legitimidade da *interferência* do Poder Judiciário no Processo Legislativo no marco de uma democracia republicana. Ressalta-se ainda que o tipo de atuação positiva que constitui o objeto de análise da tese é uma peculiaridade brasileira, mas que não pode ser compreendida somente na doutrina pátria, sobretudo porque as bases teóricas de nosso modelo de Jurisdição e de atuação das Casas Legislativas são, em geral, produto de experiências exógenas in (adaptadas) ao nosso contexto.

⁵⁸ “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

⁵⁹ Complexidade: “O pensamento complexo (interligado) não substitui a separabilidade pela inseparabilidade, ele convoca uma dialógica que utiliza o separável, mas o insere na inseparabilidade”. MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. **A Inteligência da Complexidade**. São Paulo: Petrópolis, 2000, p. 200.

Feitas essas ressalvas, a busca de um equilíbrio necessário entre as garantias republicanas e a realização dos valores democráticos requer a observância de procedimentos emoldurados pelo *Império do Direito*.⁶⁰ Assim, o Direito e a Política, como campos autônomos do conhecimento, interligam-se na busca de soluções legítimas para os problemas advindos do tenso diálogo institucional. Contudo, a interação entre o Direito e a Política opera em *terreno móvel e pontilhado*.⁶¹ A Política como forma de atividade relativa aos assuntos do Estado possui tantos fins quantos são as metas que grupos organizados propõem, de acordo com os tempos e circunstâncias.⁶² Por outro lado, o Direito, em seu dinamismo, deve preservar a ordem democrática em garantia da segurança jurídica.

Nesse sentido, o alerta de Kelsen quanto à *pureza metodológica* do direito, *mutatis mutandis*, se faz ainda presente na contemporaneidade. Com efeito, não há como negar a conexão do Direito com outros ramos do conhecimento. Contudo, o legado Normativista é fundamental para se evitar o “sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica”.⁶³ De fato, *um método político-jurídico* aplicado por um *jurista dedicado à política jurídica* poderia ter como consequência difundir a *crença romântica na função oracular* do jurista. A intuição ocuparia o lugar na análise, na medida, em que a partir de convicções pessoais e *postulados destituídos de condicionantes*, o jurista teria autoridade para expressar a cultura jurídica da nação.⁶⁴ E, nesse sentido, para Ross – que foi discípulo de Kelsen e a ele atribuí a importância da *coerência* – o resultado seria “uma forma de política jurídica que é sermão e não ciência. O jurista se apresenta como um sumo sacerdote ou reformador social e não como um técnico social”.⁶⁵

⁶⁰ A expressão império do Direito é em referência ao título da obra de Dworkin. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Reflexões, política e direito**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 165.

⁶² BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco et ali. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 954.

⁶³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

⁶⁴ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: EDIPRO, 2007, p. 385.

⁶⁵ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: EDIPRO, 2007, p. 20 e p.385. Ross discorda de Kelsen quando se exige a pureza metodológica sem fazer uma distinção entre “o que é verdade para ciência como ideia e o que é verdade para ciência como profissão.” (p. 388).

A pureza metodológica pode ser entendida como *ethos* profissional exigível aos intérpretes do Direito ou como postulado científico de segurança.⁶⁶ Sob esse último sentido, a pureza da *ciência do Direito* enquanto postulado metodológico de garantia de racionalidade e obediência a uma ordem jurídica pré-fixada representa a luta contra o *jogo vazio de conceitos ocultos*, criados quando o próprio Direito está a serviço de um poder corruptível.⁶⁷ A objetividade do direito, *in casu*, é uma tentativa de afastar a ideologia enquanto forma de poder dominante com elevada orientação política e, portanto, susceptível a oscilações.⁶⁸

O Conteúdo do termo *ideologia* é antiga e variável ao longo da história⁶⁹. Contudo, suas conotações mais usuais foram conferidas por Marx e Engels ao considerarem por ideologia um tipo especial de *falsa consciência* das relações de domínio entre as classes sociais. Não como uma forma de conhecimento verdadeiro, mas como uma forma de distorção de uma crença política.⁷⁰ A sociologia do conhecimento, sobretudo de Karl Mannheim, também foi responsável por conferir à ideologia uma maior amplitude.⁷¹

⁶⁶ Expressão de Ross in ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: EDIPRO, 2007, p. 388.

⁶⁷ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XIII.

⁶⁸ “A ideologia política encobre a realidade, seja transfigurando-a a fim de conservá-la ou defendê-la, seja desfigurando-a a fim de atacá-la, destruí-la ou substituí-la por outra realidade. Toda ideologia política tem a sua raiz na volição, na cognição, no elemento emocional da nossa consciência, não no racional; ela se origina de certos interesses, ou antes, de outros interesses que não o da verdade”. Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XXXII. Ainda, “Os julgamentos de valor morais e políticos e, em particular, os julgamentos de justiça baseiam-se em ideologias que não são, como julgamentos jurídicos de valor, paralelos a uma realidade social definida”. Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 69.

⁶⁹ Foi utilizada primeiramente por Destutt de Tracy para referir-se a sua teoria da formação das ideias. Conf. VILLORO, Luís. **El concepto de ideología**. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

⁷⁰ Após examinar os aspectos das relações históricas originárias, “pode-se verificar que o homem tem também consciência. Mas, assim mesmo, não significa consciência pura. Desde o começo pesa sobre o espírito a maldição de estar contaminado pela matéria, que aqui se apresenta sob a forma de camadas de ar e, movimento, de sons, ou seja de linguagem. A linguagem é tão antiga como a consciência. A linguagem é a consciência real, prática (...). E, a linguagem surge como a consciência da incompletude, da necessidade de intercâmbio com outros homens”. MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã: Feuerbach – A contraposição entre as cosmovisões materialistas e idealistas**. São Paulo: Martin Claret, p. 56.

⁷¹ [...] “Segundo Mannheim, um conjunto de circunstâncias sociais, políticas e intelectuais, associadas ao advento do mundo moderno, tais como a ascensão das classes médias, a democratização do sistema político e o colapso do monopólio intelectual da Igreja, tão acentuado no mundo medieval, havia tornado cada vez mais visível o fenômeno do condicionamento social das ideias: pontos de vista divergentes, mas com igual pretensão de validade, passavam a ser sustentados pelos distintos grupos sociais, e tais divergências intelectuais, longe de soarem independentes das acirradas lutas econômicas e políticas nas quais esses grupos se envolviam, ali encontravam, na realidade, as suas raízes mais profundas.” GUSMÃO, Luís. A crítica da epistemologia na

Ideologia, nesse contexto, significou qualquer conjunto de conhecimentos ou de crenças verdadeiras ou falsas que estiveram condicionadas socialmente. Converteu-se, assim, em um *panideologismo*, uma vez que qualquer crença poderia, nesse sentido, ser intitulada *ideologia*. Na atualidade, fora da escola marxista, o conceito é utilizado em um sentido semelhante ao de Marx, mas não idêntico: se refere a sistemas organizados de crenças irracionais, cunhadas por autoridades que cumprem uma função de domínio sobre os indivíduos.⁷²

Em que pese os distintos sentidos conferidos à ideologia, a evolução de seu significado associado à prática política e ao poder político impõe o reconhecimento de seu papel funcional em uma sociedade. Nesse sentido, se ideologia é um termo impreciso em razão de sua utilização em diferentes contextos, esse *conceito, ideologia*, surge para responder a um problema real.⁷³ Com efeito, o problema *real* gerado pela ideologia está exatamente em associar sua imprecisa função à interação entre Direito e Política. O Marxismo é um dos exemplos mais claros de como um pensamento libertário e crítico, ao converter-se em doutrina, se torna ideológico.⁷⁴ Em geral consoante o contexto histórico, os *ismos* podem ser componentes prejudiciais à *ciência jurídica* crítica e livre. A principal crítica de Kelsen a Marx é constituída no sentido de que a tese marxista - ao estabelecer como fundamento irrefutável que democracia só fosse possível (real) no marco do socialismo - não é suficiente para dar uma resposta cientificamente fundamentada. Essa questão só pode ser respondida a partir da experiência histórica suscetível a preferências políticas. E, politicamente, para Kelsen, “o socialismo marxista é anarquismo, não democracia”.⁷⁵

sociologia do conhecimento de Karl Mannheim. **Revista Sociedade e Estado**. vol.26, no.1, Brasília Jan./Apr. 2011.

⁷² VILLORO, Luís. **El concepto de ideología**. México: Fondo de Cultura Económica, 1985

⁷³ VILLORO, Luís. **El concepto de ideología**. México: Fondo de Cultura Económica, 1985

⁷⁴ Um pensamento dirigido a encerrar a exploração, pode servir, então, a outra forma de domínio. E esse desvirtuamento tem sua contribuição filosófica: a transformação do marxismo, que, de uma atividade crítica libertária, passou a ser uma doutrina autossuficiente, isolada de outras formas de pensamento crítico. Tratar os escritos de Marx como um pensamento ‘em exercício’, capaz de ser controvertido, precisado, superado, é também recuperar sua força libertária. VILLORO, Luís. **El concepto de ideología**. México: Fondo de Cultura Económica, 1985

⁷⁵ KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 254-256.

Da histórica tensão entre cientificidade e ideologia, verifica-se que a objetividade jurídica não é capaz de afastar o conteúdo ideológico e político da realidade. Ainda, no marco da contemporaneidade, há que se temer *as ideologias*, sobretudo enquanto instrumentos de poder em graus de excesso (força). Contudo, a democracia republicana nos permite aproximar-se de uma *Ciência do Direito Política*, pautada em valores e instituições não distorcidas por *falsas consciências*, mas seguras enquanto componentes de uma *Carta de Direitos*. Com efeito, para Bobbio a existência de uma ordem política depende da existência de um poder político⁷⁶. Há uma interdependência recíproca. Sob esse aspecto retomamos Hobbes, para quem “não é a sabedoria, mas a autoridade que cria a lei.”⁷⁷

A *Ciência do Direito Política* é responsável por delimitar outra questão fundamental atinente à complexidade do tema, qual seja: Como e em que medida associar ou dissociar a interpretação jurídica e a complexidade política? De fato, a associação do direito com a política pode ser observada pela lente do *mundo real*. Já a tentativa de se estabelecer padrões distintos de análise tem por fim estabelecer o filtro da *racionalidade* para que a decisão não se converta em *decisionismo*. Contudo, essa *aparente* oposição também admite um *meio termo* em que o agir prudente impera na garantia do Estado Democrático de Direito.⁷⁸

Sob esse aspecto há que se observar dois momentos que demonstram não haver uma dicotomia entre Direito e Política, mas esferas de predominância de critérios e metodologias de análise: i) o momento de criação da norma, em que existe necessariamente uma confluência entre a ordem jurídica já posta e as questões políticas, sociais e econômicas que justifiquem sua gêneses e ii) o plano da aplicação da norma pelo Poder Judiciário que, em regra, deve-se primar pela segurança das relações jurídicas e das demais garantias constitucionais.⁷⁹ Concretamente, esgotadas as formas políticas de controle de

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 233.

⁷⁷ HOBBS, Thomas. **Diálogos entre um filósofo e um jurista**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Martins Claret, 2011, p. 11.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, v. 2, n.º21, Jan./Jun. 2012.

⁷⁹ No que concerne à tarefa interpretativa do magistrado cumpre afastar o ‘mito’ da neutralidade ao revisitar os escritos de Lyra Filho: “O jurisconsulto, como cientista-social - que há de ser, insisto, sob pena de não ser nada cientificamente - há de evitar, simultaneamente, o sectarismo e a pseudoneutralidade. Porque o ‘neutro’

constitucionalidade, sobretudo a avaliação de constitucionalidade pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJC e ainda presente a ofensa à norma constitucional, pode-se constatar que a pretensa invasão do Poder Judiciário na competência do Poder Legislativo em *questões políticas* pode ser um remédio constitucional legítimo. Cumpre ressaltar que uma matéria subordinada ao texto constitucional deixa de ser exclusivamente política.⁸⁰ Barroso estende essa constatação ao afirmar que “o direito é, na verdade, um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas.”⁸¹ Para Dworkin, em uma Democracia, certas questões de caráter decisivo devem ser tratadas pelas Cortes Constitucionais como questões de princípios e não como uma questão de poder político, de vontade majoritária.⁸²

Importa reconhecer que o aplicador do Direito também exerce uma função Política. “A experiência política é vital para a experiência jurídica na medida em que aquela nutre o direito de legitimidade”.⁸³ As leis que emanam do Estado são produtos de sua prática política. Assim como o Direito, a Política também é dialética e argumentativa.⁸⁴ Contudo, se a prática política, isto é, a implementação das matérias políticas é maleável quanto à escolha de qual agenda seguir; o Direito enquanto ordem jurídica intenta emoldurar a conduta política pela via da retidão. Utilizando-se da metáfora de Platão do *governante tecelão*, “o

acaba castrando o Direito e, se diz ‘eu não faço política’, realmente já está fazendo o que nega, inclusive quando troca o Direito pela norma estatal e reduz a liberdade ao que sobra do banquete pantagruélico da dominação. Mais: ele se recusa a admitir que existe o banquete, escondido sob a ficção do Estado isento, superior aos conflitos sociais e emissor de preceitos ‘indeclináveis’ para ‘garantir a paz social’ (*rectius*: para garantir a ‘liberdade’ das classes, grupos e povos dominantes de comer ‘em paz’ os quitutes do privilégio). Como Marx, “ninguém combate a liberdade; no máximo, combate a liberdade dos outros” com o poder do Estado e as leis dele oriundas, inclusive. O ‘neutro’ é um reacionário encabulado e não tem a coragem e a franqueza de confessar que é moço de recados da dominação que mascara. Por outro lado, o sectário não é, de fato, um cientista, já que traz, pré-fabricados e inabaláveis, a descrição, a explicação e o próprio princípio explicativo.” LYRA FILHO, Roberto. **Nova Escola Jurídica Brasileira (N.A.I.R)**. Brasília: Edições N.A.I.R, Ltda., 1983, p. 158.

⁸⁰ LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, Supremo Tribunal Federal, 2003.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, v. 2, n.921, Jan./Jun. 2012, p.17.

⁸² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁸³ BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de filosofia política**. São Paulo: Atlas, 2008, p.19.

⁸⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo de Direito**. São Paulo, Atlas, p. 237.

fim da trama da ação política é uma boa tecedura”.⁸⁵ E, no entrelaçamento dessas peças, o *direito político*, para utilizar a expressão de Goyard-Fabre é constituído pelas normas que regem a organização institucional da política e seu funcionamento no âmbito por ela determinado e delimitado.⁸⁶

A dinâmica do Direito e da Política apresenta, ainda, outro espaço comum: o problema do poder. Para Bobbio, o *alfa e o ômega* da teoria política é problema do poder: como é adquirido, conservado e perdido, exercido, defendido e como é possível defender-se contra ele. Esse problema pode ainda ser considerado sobre três pontos de vistas distintos, *ex parte principis* (Maquiavel), *ex parte populi* (Rousseau) e a partir das contribuições da teoria do Estado e do moderno Constitucionalismo.⁸⁷

Nesse sentido, a questão do poder é tratada no presente trabalho, a partir de uma reflexão sobre o Estado de Direito e o moderno Constitucionalismo. Com efeito, a concepção dos Estados modernos nos remete à forma como o poder é distribuído na administração do espaço público institucional. O poder político implica a ordem de direito erigida por um conjunto de vínculos institucionais. Assim, o “poder político é um poder normativo”.⁸⁸ Pode-se afirmar, ainda no marco da modernidade, que a Democracia se funde à República no chamado Estado Democrático de Direito, conforme demonstra a figura a seguir.

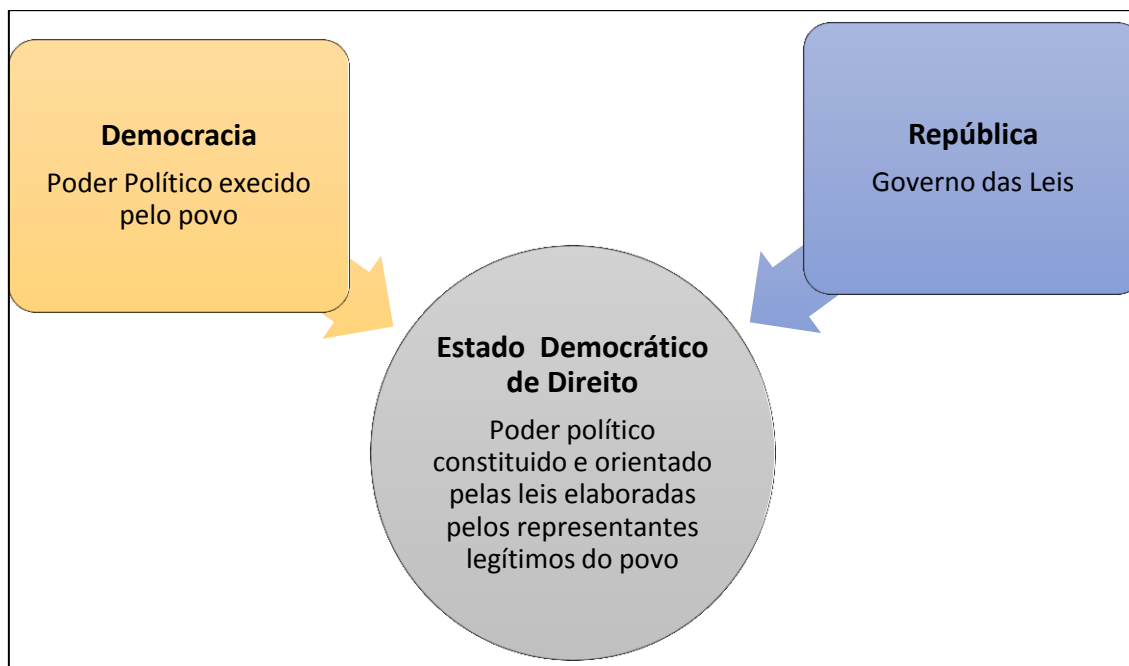
⁸⁵ “ESTRANGEIRO: (...) Pois que demos o nome de política à arte que se ocupa da Pólis, daremos, da mesma forma a esta nova arte que se ocupa especialmente das vestimentas, atendendo ao seu objeto, o nome de arte vestimentária. Não poderemos dizer, então, que a tecedura, na medida em que ela é a parte mais importante na confecção da vestimenta, em nada se distingue da arte vestimentária, a não ser pelo nome, da mesma forma como a arte real só difere em nome da arte política?” PLATÃO, **Político**. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 37.

⁸⁶ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 2.

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.143.

⁸⁸ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 2.

FIGURA 1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO



Fonte: Formulada pela autora a partir de: BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

Quanto à estrutura política de um Estado, pode-se adotar a República *como forma de governo* e a Democracia como *regime de governo*. Ocorre que essa classificação funcional não é suficiente para compreender o diálogo entre as instituições que compõem o Estado de Direito.⁸⁹ Além de tudo, a fusão dessas formas pode representar, em certa medida, o ato de contenção de um sobre o outro, através de mecanismos legítimos. Regularmente, as matérias legislativas clamam pelo império da vontade da maioria (Democracia), contudo em caso de *desvio do poder legislativo* que possa acarretar inconstitucionalidade e ainda, em textos que apresentem ofensa aos direitos das minorias há que se prevalecer o império da Lei Maior (República). O *desejo* democrático tem na *virtude* republicana um freio institucional e racional. Dessa forma, é preciso verificar como dá esse movimento de

⁸⁹ É bem verdade que a doutrina constitucional não atinge um consenso sobre forma, regime, sistema no que concerne às tipologias que determinam o poder político em um Estado. O certo é que a história não é linear, e por conseguinte, a formação dos 'regimes' também não o é. A título exemplificativo cita-se: "Quando se começa a falar mais em república, por volta do século 16, usa-se o termo em dois sentidos básicos. Um é mais genérico e hoje causa estranheza. Por esse sentido, até o regime monárquico é república, ou há um elemento republicano na própria monarquia. (...) Assim se chega ao paradoxo de 1804, quando Napoleão se torna imperador dos franceses. Um plebiscito decide que o governo da república é confiado a um imperador. Não diz: acabou a República. Continua a República, só com um monarca." RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. São Paulo: Publifolha, 2008, p. 25.

unidade/dualidade do modelo democrático republicano. Está-se diante de um interesse comum ao Estado Democrático de Direito: a garantia do procedimento quanto ao respeito aos valores contidos na constituição, o que pode demandar um movimento de *freio* da República ao interesse da maioria representada.

Para Ribeiro pode haver um encontro entre as temáticas republicanas e democráticas. “Melhor até, é preciso haver esse encontro, se queremos que a democracia se realize. Uma democracia sem república não é *Kratos*, é simples populismo distributivista”.⁹⁰

A interação entre Democracia e República nos estados modernos ocorre a partir de um princípio: A indivisibilidade do poder. Assim, no que concerne à titularidade do poder, esta é confiada ao *povo*.⁹¹ Já o exercício desse mesmo poder é confiado às instituições que representam a *vontade geral*, em consonância com o princípio da separação de poderes. Essa distinção é necessária, uma vez que a titularidade do poder e, portanto, a própria concepção de *povo* enquanto unidade do poder político, é mais bem compreendida à luz dos valores democráticos. E a análise quanto à prática de divisão do poder é uma tarefa confiada aos princípios republicanos. A partir dessa interação entre Democracia e República é possível examinar a condução das instituições políticas e do próprio Direito.

A começar pela titularidade do poder na esfera democrática pode-se constatar que Democracia contemporaneamente não deve ser reduzida a um critério eleitoral, como capacidade para votar e ser votado e, tampouco, pode ser limitada ao governo da maioria. A maioria é uma técnica de decisão nos Estados democráticos. Em verdade, *Democracia* é um conceito polissêmico, a começar pela distinção entre seus sentidos ontológico (substancial) e prático (comportamental). Se o estudo sobre *o que é democracia* nos permite aprofundar sobre seu conteúdo, a análise da prática democrática nos proporciona identificar qual modelo de democracia, enquanto um sistema político.⁹² Essa constatação é fundamental para compreender os sentidos conferidos à Democracia enquanto um fenômeno cambiante. A democracia enquanto *regime de governo* ao longo dos tempos apresentou características

⁹⁰ RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In BIGNOTTO, Newton. (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 22.

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.137.

⁹² CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese. **Democracia e Biossegurança de OGM: um debate jurídico, técnico e social**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 39.

peculiares, dentre as quais se destaca: i) a *democracia dos antigos* (direta), pautada no modelo de Atenas; ii) a *democracia dos modernos* (democracia indireta) desenvolvida a partir dos critérios da representatividade e da igualdade;⁹³ iii) a democracia contemporânea, fundamentada concretamente no modelo indireto de representação, mas fortalecida pela deliberação e também pelos mecanismos de controle e transparência da gestão política.

Os estágios de criação, implementação e amadurecimento da democracia são parte de um construto histórico. Contudo, é necessário apontar um recorte quanto ao modelo de democracia. Para efeito desse trabalho, adota-se o modelo de democracia representativa em consonância com certos elementos republicanos, liberais e também com mecanismos de controle sociais, característicos da democracia contemporânea, no que concerne a gestão da coisa pública. Todos esses elementos serão apresentados gradativamente ao longo do texto.

Fixado o modelo de democracia representativa importa ainda delimitar os fundamentos a serem analisados, a saber: i) legitimidade como elemento fundamental do *Estado Democrático de Direito* e o sentido de *povo* enquanto titular da soberania em um regime *democrático*; ii) Representação e a lógica da igualdade como critério de identificação do sentido de vontade da maioria, a fim de se verificar as implicações políticas e jurídicas na formação de uma vontade popular, sobretudo com respeito aos direitos de uma minoria na composição dessas escolhas.

1.2 A questão da legitimidade no governo do povo

“O povo não é um brinquedo dócil nas mãos dos ministros da propaganda, dos publicitários e das automeadas elites religiosas ou culturais. Não que as pessoas sejam incapazes de grandes crueldades, de violência e de estupidez, imunes aos encantamentos dos flautistas políticos ou possuidoras de uma faculdade do livre-arbítrio. [...] Mas no Estado moderno, as grandes corporações e os meios de comunicação não são capazes de moldar a mente delas com a facilidade que supõe Orwell e Rorty, este com menos justificativa, pois tem à disposição uma

⁹³ A expressão ‘antigos’ e ‘modernos’ remete a: CONSTANT, Benjamin. Liberdade dos antigos e liberdade dos modernos. In **Princípios da Política aplicáveis a todos os governos**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

experiência de quatro décadas a mais. É natural, contudo, que um professor acredite na viabilidade da lavagem cerebral.”⁹⁴

A existência da ordem jurídica está diretamente relacionada à ordem política, mas em um modelo democrático, essa interação dá-se pelo procedimento e pelo critério de *legitimidade*. “E, é aqui que a relação entre Direito e Política se inverte: não é mais o poder político que produz o direito, mas é o direito que justifica o poder político”.⁹⁵ Assim, no que concerne à legitimidade, verifica-se que um poder é considerado legítimo quando quem o detém o exerce a justo título, e o exerce a justo título enquanto for autorizado por uma norma fundamental. Para o positivismo, “não é a sabedoria que faz a lei, mas sim a autoridade”.⁹⁶ Essa máxima é controvertida, uma vez que a existência de uma ordem jurídica na qualidade de ordem coativa pode não se distanciar muito de um *bando de malfeitores*. Para Bobbio “um bando de malfeitores não é uma ordem coativa”? Assim, o que difere esse pacto social é a questão da legitimidade.⁹⁷

Weber apresenta uma trilogia descritiva dos *tipos ideias de legitimidade*: i) legitimidade carismática (ligada a qualidades exemplares de uma pessoa); ii) legitimidade tradicional (autoridade dos usos e costumes); iii) legitimidade racional (o portador do poder é legitimado pelas regras que definem as competências dos órgãos no Estado).⁹⁸ Este último tipo põe em evidência a relação entre legitimidade e legalidade que por vezes, em virtude do caráter movediço da política, pode apresentar traços de ambivalência.⁹⁹ Legitimidade indica um *problema de justificação* que no estado moderno consubstancia-se na crença da legalidade, na obediência à lei.¹⁰⁰ Wintgens expande o conceito de justificação no âmbito da jurisprudência. Com efeito, a justificação para a intervenção legislativa – e, portanto,

⁹⁴ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 487.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p.234.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p.235.

⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p.233.

⁹⁸ WEBER, Max. **Ciência e Política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2011, pp. 68-77.

⁹⁹ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 281.

¹⁰⁰ PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 153.

restrição à liberdade - é uma condição de legitimidade.¹⁰¹ A igualdade é a primeira dimensão normativa da liberdade, uma vez que ninguém tem o direito de limitar a liberdade de outro sem consentimento ou justificação.¹⁰²

A legitimidade é o critério necessário para se distinguir o poder de direito do poder de fato (direito de governar), já a legalidade - como fundamento da forma de exercício do poder - serviu ao longo da história para se diferenciar um bom governo do mau governo. E, a partir da interseção do Estado de Direito, a legalidade demonstra a existência de um poder político juridicamente fundado. Platão já observava que o mandato dos guardiões pode-se voltar contra os guardados.¹⁰³ Por isso, a questão da legitimação política ainda comporta outra questão: pressupondo que uma dominação é legítima, como nos protegemos dos protetores?¹⁰⁴ Ainda, para Bobbio: quem controla os controladores?¹⁰⁵ As respostas a esses questionamentos podem ser desenvolvidas através do alerta de Montesquieu: “o poder deve controlar o poder.”¹⁰⁶

Essa intrínseca relação entre legitimidade e legalidade revela uma reflexão política reproduzida na doutrina do constitucionalismo, qual seja: É melhor o governo das leis ou o governo dos homens? A resposta a essa questão avança ao longo da história.¹⁰⁷ Para Aristóteles: “A lei não tem paixões”.¹⁰⁸ “A lei permanece no tempo como um repositório da sabedoria popular que impede mudanças bruscas e prevaricações por parte do soberano.”¹⁰⁹ As promessas da democracia grega culminaram com o respeito à legalidade na era moderna.

¹⁰¹ “Wintgens makes justification a condition of legitimacy.” PERJU, Vlad. A comment on “Legisprudence”. Boston University Law Review, vol. 89, 2009, p. 428. Esse tema será abordado com maior profundidade no capítulo 2 do presente trabalho.

¹⁰² WINTGENS, Luc J. freedom and Legisprudence – a more substantial view: a reply to professor Perju. reply to Vlad Perju, **A comment on Legisprudence**. 89 B.U. L. REV. 427 (2009), p. 1796.

¹⁰³ Sobretudo em: A Política e Ética a Nicômaco.

¹⁰⁴ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp.218-222.

¹⁰⁵ PLATÃO. **A República (ou Da Justiça)**. Tradução direta do grego e notas de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2012.

¹⁰⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. Brasília: UNB, 1995.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p.237.

¹⁰⁸ ARISTÓTELES. **A política**, São Paulo: Nova Abril Cultural, 2000.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p.237.

“As leis não são úteis apenas para ordem momentânea do Estado; são símbolos de uma política na qual o engajamento do povo é o caminho para a liberdade”.¹¹⁰ A aliança entre democracia e lei, demonstra o triunfo da legalidade, isto é, da necessidade de leis retas, instituídas pelo povo (in)diretamente contra o arbítrio de governos tirânicos.¹¹¹ A julgar pelo conteúdo de legitimidade e legalidade no contexto de um modelo democrático há também uma ligação estreitíssima com o sentido de povo e *vontade geral*. “*La loi est l’ expression de la volonté générale.*”¹¹² E povo nesse sentido não representa a totalidade enquanto soma de interesses particular, e mas o interesse comum. Para Rousseau:

“[...] há muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta se refere somente ao interesse comum, enquanto a outra diz respeito ao interesse privado, nada mais sendo que uma soma das vontades particulares. Quando, porém, se retiram dessas mesmas vontades os mais e os menos que se destroem mutuamente, resta, como soma das diferenças, a vontade geral”.¹¹³

Ferreira Filho compreende que o sentido da *vontade geral* é síntese das concepções de leis até o século XVIII e também inspira o processo legislativo típico dos regimes constitucionais pluralistas.¹¹⁴

Contudo, no século XIX, a ideia de lei como *vontade geral* (lei como norma jurídica) e o sentido de lei como *interferência na propriedade e na liberdade* são questionados. No processo legiferante uma vez que a lei cria o direito e o faz porque é legítima *a priori*, qual o limite da criação? A legalidade *in casu* seria uma ideia absolutamente neutra, desprovida de valores e qualidades. Contudo, a partir do momento que a lei passa a ser expressão da

¹¹⁰ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 52.

¹¹¹ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 54.

¹¹² Art. 6º da Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789: “Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”. FRANÇA. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Disponível em <http://www.ambafrance-br.org/-Ambassade-de-France-au-Bresil->. Acesso em: 25. Nov. MALLBERG, Carré de. **La loi de la volonté générale**. Paris: 1993, cap. 1.

¹¹³ ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Du Contrat Social**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/lv000091.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2013, p. 37.

¹¹⁴ FERREIRA, Filho. Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

vontade da maioria como forma vivificante da ampla terminologia *vontade geral*, fixa-se a fórmula basilar dos governos democráticos.¹¹⁵

O parágrafo único do artigo primeiro da nossa Constituição da República de 1988, dispõe que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”¹¹⁶ A descrição ontológica da democracia é marcada pelo patrocínio da vontade popular na deliberação dos assuntos do Estado. No marco da democracia moderna a soberania popular se materializa no mandato da representatividade e, em mecanismos de consulta direta, e.g. referendo, plebiscito e proposta de lei de iniciativa popular.

Entretanto, na contemporaneidade, quem é esse povo titular da soberania? Quais são seus *desejos*? Como se manifesta a *vontade geral*? “Pela análise dos radicais formadores do nome *democracia*, dois substantivos gregos *demos* e *Kratos*, pode-se supor um significado de poder político, soberano, responsável pelas escolhas”. Contudo, *demos* é um “termo ambíguo, assim quem é o povo?” Quem faz parte desse povo?”¹¹⁷ E, o quê significa para *eles* governar? ¹¹⁸ Thomas Jefferson acreditava no povo como único censor do seu governo (“*The people are the only censor of their governors*”).¹¹⁹ Coimbra recorda que “Muito se fala no povo e com uma assombrosa desatenção para com o que o conceito significa e contém. Parece até supor-se que o povo é um grupo de homens, cada um com

¹¹⁵ Ressalta ainda que essa nova fórmula volta-se para outra preocupação, qual seja, a verificação judiciária das leis, o que impregnaria, o Estado Legiferante com elementos próprios do Estado Jurisdicional, que “enquanto corpos estranhos colocariam em risco o inequívoco sistema de legalidade daquele Estado e traria problemas ao Parlamento em sua posição central como fonte legiferante”. SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 25 e 26. Essa temática pode ser melhor compreendida a luz do debate Kelsen e Schmitt sobre quem deve ser o guardião da Constituição.

¹¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

¹¹⁷ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores**. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 16.

¹¹⁸ Na íntegra: [...] Para ilustrar, deixe-me mencionar alguns dos problemas-chaves concernentes a teorias explícitas que mascaram o ‘lado escuro’ da teoria da democracia. Tome-se, por exemplo, a ideia elementar de ‘governo do povo’. Para designar sua nova concepção de vida política e das práticas que dela nasceram em muitas cidades-estados, em meados do século V, a. C. os gregos começaram a usar a palavra *demokratia*. Embora o significado original desses termos seja bastante simples, mesmo auto-evidente – *Demos*, povo e *Kratia*, regra ou autoridade, portanto ‘governo do povo’ – as próprias raízes etimológicas provocam questões urgentes: que deve fazer com que ‘o povo’ se comprometa e o quê significa para eles ‘governar’? DAHL, Robert A. **Democracy and its critics**. New Haven, Yale University, 1989. (Tradução nossa)

¹¹⁹ JEFFERSON, Thomas. **Writings**. USA: Easton Press, 1993, V.II, p. 880.

seu nome, as suas qualidades e habilitações, grupo bem delimitado e definido.” Contudo, essa aritmética social só revela a dificuldade da maior parte dos espíritos em compreenderem a continuidade e o dinamismo, vendo só o que é discreto e estático. Mas o povo não é nada disso. “O povo é tanto o que há de criador e misterioso na vida social que eu posso perguntar à Câmara, se quando Durkheim nos diz que Deus não é mais que a hipótese da consciência social, não é o próprio povo que é divinizado”.¹²⁰

Todavia, Bonavides alerta para o fato que o conceito de povo pode ser estabelecido do ponto de vista político, jurídico e sociológico, conforme demonstra o quadro a seguir:

QUADRO 1: ELEMENTOS DE FORMAÇÃO DO CONCEITO DE POVO

Elementos	Características
Povo em sentido político	<ul style="list-style-type: none"> • “No absolutismo o povo fora <i>objeto</i>, com a democracia ele se transforma em <i>sujeito</i>.” • “A história que vai do sufrágio restrito ao sufrágio universal é a própria história da implantação do princípio democrático e da formação política do conceito de povo. Embora restrito, o sufrágio inaugura a participação dos governados, sua presença oficial no poder mediante o sistema representativo, elegendo representantes que intervirão na elaboração das leis e que exprimirão pela primeira vez na sociedade moderna uma vontade política nova e distinta da vontade dos reis absolutos.” • “Povo é então o quadro humano <i>sufragante</i>, que se politizou (quer dizer, que assumiu capacidade decisória), ou seja, o corpo eleitoral.”
Povo em sentido Jurídico	<ul style="list-style-type: none"> • “Povo, no sentido jurídico, não é o mesmo que população, no sentido demográfico. Povo é aquela parte da população capaz de participar, através de eleições, do processo democrático, dentro de um sistema variável de limitações, que depende de cada país e de cada época”. • “A cidadania é a prova de identidade que mostra a relação ou vínculo do indivíduo com o Estado. É mediante essa relação que uma pessoa constitui fração ou parte de um povo”.
Povo em sentido sociológico-cultural	<ul style="list-style-type: none"> • “O povo é compreendido como toda a continuidade do elemento humano, projetado historicamente no decurso de várias gerações e dotado de valores e aspirações comuns.”

Fonte: formulado pela autora, a partir de: BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 90-95.

Na realidade, cada uma dessas análises demonstra a problemática histórica de se definir *povo*. Contudo, para Kelsen, é uma *ilusão* estimular a visão do povo como um

¹²⁰ COIMBRA, Leonardo. “A questão universitária”, citado por: CUNHA, Paulo Ferreira da. **Nova Teoria do Estado: Estado, República, Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 330. p. 83-84.

conjunto de indivíduos, a unidade de uma multiplicidade.¹²¹ E, assim Kelsen credita à Nietzsche a derrubada dessa ilusão ao apresentar um *novo ídolo* em *Assim falou Zaratustra*:

“Ainda em algumas partes há povos e rebanhos, mas entre nós, irmãos, entre nós, há Estado. Estados? Que é isso? Vamos! Abri os ouvidos, porque vos vou falar da morte dos povos. O Estado é o mais frio de todos os monstros. Ele mente friamente; de sua boca sai esta mentira: ‘Eu, o Estado sou o povo’. (...) Onde ainda há povo, não se compreende Estado que é detestado como uma transgressão aos costumes e às leis”.¹²²

Ainda nesse sentido, Höffe alerta para a legitimação subsidiária do Estado, ou a *Despedida do Leviatã*. Contudo se, em termos de legitimidade, há uma separação entre as noções de Estado e *Povo*, tal constatação não é suficiente para um pleno autogoverno. “Mesmo um povo de demônios precisa de Estado”.¹²³

A importância do povo, enquanto conjunto de titulares de direitos políticos, para a democracia, está no fato de que este intervém direta ou indiretamente na criação da norma.¹²⁴ Assim, se todo poder emana do *povo* - princípio da unidade do poder -, há que se constituírem mecanismos normativos e institucionais para sua efetividade, mas também limitações constitucionais para que esse exercício seja legítimo. Do contrário, o governo do povo poderia se converter em *tiranía da maioria*, uma preocupação que perpassa todo o construto da essência dos governos democráticos.

De fato, os valores contidos na Constituição representam a vontade geral do *povo* enquanto titular da soberania democrática. Contudo, para Comparato “essa *hybris*, que a sabedoria grega sempre considerou a matriz da tragédia humana, não pode ser absoluta, não existe a soberania inocente”.¹²⁵ Para Sartori, é conveniente deixar as coisas claras, na verdade, a fórmula *vox populi, vox Dei* pode se tornar *vox populi, vox diaboli*. Assim, a questão fundante da democracia não é ter na legitimidade do povo um atributo de *verdade*.

¹²¹ KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.37.

¹²² NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Martins Claret, 2002, p. 71-72.

¹²³ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.390.

¹²⁴ KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.37.

¹²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio à Müller, Friedrich. **Quem é povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 22.

Mas, sim um atributo de *direito*. O povo não tem sempre razão no sentido de que nunca se equivoca, senão no sentido de que tem o direito a se equivocar.¹²⁶

Com efeito, a noção operacional de povo é fundamental para se compreender certas prerrogativas e responsabilidades no contexto jurídico-político. A fração dominante do povo é formalmente majoritária, contudo é importante compreender *as regras do jogo* dessa composição representativa para efeitos de criação de uma norma.¹²⁷ A maioria do povo pode *democraticamente* esmagar a minoria. Outrossim, a minoria detentora do poder pode *legitimar* criações normativas que atentem contra princípios consagrados na Constituição.

A concepção *icônica* de povo é um dos critérios para se aferir legitimidade no modelo democrático. Contudo, se é questionável, conforme aponta Comparato, que a origem do princípio da soberania popular está em Rousseau,¹²⁸ a questão dos limites do poder soberano é um dos componentes do *Pacto Social*: “o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus, e é esse mesmo poder, dirigido pela vontade geral, que leva o nome de soberania”.¹²⁹ Sob esse aspecto, é o exercício do poder que se apresenta legítimo ou ilegítimo,¹³⁰ isto é, se refere à *vontade geral* – ao interesse do bem comum - ou

¹²⁶ SARTORI, Giovanni **¿Qué es la democracia?** Madrid: Taurus, 2007, p. 40.

¹²⁷ Para Comparato, a análise Aristotélica demonstra um fator a se considerar mesmo na atualidade no marco de uma democracia contemporânea: “[...] Se por hipótese os ricos fossem majoritários e detivessem o poder supremo, o regime seria, a pesar de tudo, oligárquico e não democrático; da mesma forma que, caso os pobres constituíssem a minoria, mas estivessem no poder, o regime deveria ser chamado democrático e não oligárquico. [...] A distinção meramente numérica é um acidente e não a substância dos regimes políticos. Sobre a natureza ‘bizarra’ de vários regimes na atualidade: “O estagiário não teria, assim, nenhuma dificuldade em reconhecer no regime político brasileiro em que a esmagadora maioria pobre vota regularmente segundo o interesse e sob a influência dominante dos ricos, uma autêntica oligarquia, em que pese a aparência democrática com que se desenrolam os rituais da nossa vida política”. COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio à Müller, Friedrich. **Quem é povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 16-17.

¹²⁸ “Não há, pois maior contrassenso interpretativo do que afirmar, como se faz comumente, que o princípio da soberania absoluta do povo tem origem em Rousseau.” COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio à Müller, Friedrich. **Quem é povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

¹²⁹ Tradução livre do original: “le pacte social donne au corps politique un pouvoir absolu sur tous les siens; et c'est ce même pouvoir qui, dirigé par la volonté générale, porte, comme j'ai dit, le nom de souveraineté.” ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Du Contrat Social**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/lv000091.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

¹³⁰ Esta distinção encontra-se em Aristóteles: i) Forma legítima (busca o interesse geral): Monarquia, Aristocracia e “Politéia”; ii) Forma ilegítima (desvios correspondentes), (interesse de alguns): Tirania, Oligarquia/Plutocracia, Demagogia. ARISTÓTELES. **A política**, São Paulo: Nova Abril Cultural, 2000, p. 224.

a *vontade de todos* – ao interesse privado como soma das vontades particulares.¹³¹ A *degeneração de interesses* para Rousseau é um ponto inevitável, como uma *lei histórica*. Mas há mecanismos que poderiam retardar esse processo. Assim, contra a degeneração por parte do governo, caberia aos cidadãos a sua fiscalização e, quando comprovada a corrupção, a sua substituição. No que concerne a degeneração do povo seria necessário a introdução de *costumes republicanos* (e.g. respeito às leis) e *virtudes cívicas* (e.g. patriotismo).¹³² Esses elementos do pensamento de Rousseau influenciaram a corrente da filosofia política contemporânea intitulada de *republicanismo comunitário*.¹³³ Em que pese algumas divergências internas, a tese central dos *comunitaristas* é que a maior participação do cidadão na gestão da coisa pública requer como condição *sine qua non* a implementação de virtudes republicanas como a solidariedade, o pluralismo e o respeito às leis. Os cidadãos devem compartilhar de um *ethos* democrático, de uma “vida política ativa e responsável”.¹³⁴

Essa concepção de povo condicionada ao exercício cívico remonta a Aristóteles. Assim, o que distingue efetivamente os cidadãos dos demais é sua participação nos cargos públicos e na administração política em geral. Nesse sentido, o significado de *cidadão* cambia de acordo com a *Constituição*, entendida como forma de governo de um Estado. Dessas considerações, cidadão do Estado é um homem capaz de participar da autoridade, deliberativa ou judicial. “É cidadão realmente aquele que tem capacidade e a oportunidade de participar do governo”.¹³⁵

Dahl recorda que a palavra grega *demos* designava a *gente comum* e o termo *demokratia*, às vezes, era utilizada por seus críticos aristocráticos como uma espécie de epíteto, para mostrar seu desprezo pelas pessoas comuns que haviam usurpado o controle

¹³¹ Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale ; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun ; l'autre regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières : mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s'entre-détruisent (a), reste pour somme des différences la volonté générale. ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Du Contrat Social**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/lv000091.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

¹³² MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 376.

¹³³ Alguns expoentes: Michael J. Sandel e Michael Walzer.

¹³⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 380.

¹³⁵ ARISTÓTELES. **A Política**. Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000, Livro III, p. 219.

que os aristocratas tinham sobre o governo.¹³⁶ Com efeito, para Aristóteles “nem por um momento aceitamos a ideia de que devemos chamar de cidadão todos aqueles cuja presença seja necessária para a existência do Estado”.¹³⁷

A experiência da *Ágora* grega constitui-se em um marco de participação dos cidadãos nos assuntos da *Polis*; contudo, o sistema ateniense de seleção de cidadãos para os deveres públicos por sorteio encontrou limitações, enquanto modelo, por razões de extensão geográfica, populacional e, sobretudo, por uma necessidade institucional de representação.¹³⁸ Com efeito, a participação do cidadão nas assembleias locais demandou um grau maior de democratização. A ideia de que os governantes precisavam de um consenso dos governados impulsionou a representação. Se a vontade do povo é importante, como emergir sua voz?

O papel do *povo ativo* se contrasta com a função simbólica do *povo icônico*. Contudo, essas duas espécies de legitimidade comportam gradações no que concerne à democracia: i) o poder constituinte do povo (*icônico e simbólico*) inserido no texto da constituição enquanto instância de atribuição; ii) os procedimentos formais para concretizar o texto constitucional (na acepção *comunitarista*: o domínio de representatividade do povo ativo); iii) a preservação de um cerne constitucional para o povo-destinatário.¹³⁹ Referidas espécies de legitimidade a transitar pela democracia não têm por objetivo *colocar o povo no trono*, mas, sim, aproximar suas funções em termos de política constitucional, a começar pela máxima *one man, one vote*.¹⁴⁰ Com efeito se, no *despertar da democracia*, esta era definida *stricto sensu* como *governo do povo*, na atualidade, as democracias são, antes de

¹³⁶ DAHL, Robert. **Sobre a democracia**.. Brasília: UNB, 2001, pp. 21-22.

¹³⁷ ARISTÓTELES. **A Política**. Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000, Livro III, p. 219.

¹³⁸ “O sufrágio por sorteio é da natureza da democracia; o sufrágio pela escolha é da natureza da aristocracia. O sorteio é maneira de eleger que não aflige ninguém, deixa a cada cidadão uma esperança razoável de servir sua pátria. Mas, como é defeituoso por si, foi em sua regulamentação e sua correção que os grandes legisladores se superaram”. MONTESQUIEU, Charles Loius de Secondat, Baron de la Brède et de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 9.

¹³⁹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 102.

¹⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. **Quem é povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 106.

tudo, regimes nos quais a vontade (ou consentimento) do povo é a fonte de poder”.¹⁴¹ Ao registro semântico original foi acrescentado o critério de representação.

A representação dos interesses do *povo* remete a um problema *valorativo* na seara jurídico-política. No contexto da democracia representativa quais são os mecanismos institucionais contra a *tiranía da maioria*, entendida como critério de formação da vontade constante de um projeto de lei? O que se entende por direito das minorias? Essas questões podem ser clarificadas as luzes do sentido de representação e igualdade política, como será a seguir demonstrado.

1.3 Democracia: governo da maioria (majority rule) e a oposição da minoria (minority rights)

“A maioria é juiz quando age dentro de sua competência e, se transforma em facção quando excede seu papel. Não existe força externa que impeça a maioria de sacrificar a minoria, ou que evite que um punhado de homens, que se autoproclama de maioria, controle a todos. Por conseguinte é vital que se compense a inexistência dessa força externa com princípios fixos dos quais a maioria jamais de desvie.”¹⁴²

A democracia representativa constitui-se em um sistema de governo apropriado àquelas situações nas quais é impraticável que os cidadãos participem diretamente do processo legislativo. Mas, o conceito da representação é mais profundo que isso. A evolução do modelo de representação demonstra um conflito entre os interesses dos *governantes*, de um lado, e os dos *governados* (ou do *povo*), de outro. Buscou-se uma solução ao incorporar ao conceito de representação a ideia de uma associação dos interesses dos dois grupos.¹⁴³ Esses dois grupos representam o *governo da minoria* e o direito de *oposição da minoria*. A

¹⁴¹ GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 46.

¹⁴² CONSTANT, Benjamin. **Princípios de política aplicáveis a todos os governos**. Rio de Janeiro, 2007, p.85.

¹⁴³ “O pressuposto fundamental desse raciocínio, de que os interesses de todos são essencialmente idênticos, é algo que ‘nossa geração tem dificuldade para engolir, e na verdade sabemos que muitos de nossos precursores também tinham suas dúvidas a respeito dele”. ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.p. 103- 105.

essa constatação, acrescenta-se a contribuição de Bork, a partir da qual, “há coisas que a maioria não pode fazer, por mais democrática que tenha sido a decisão. São áreas deixadas para liberdade individual, sendo a coerção da maioria nesse aspecto da vida uma tirania”.¹⁴⁴

Da assembleia reunida na Ágora até se chegar à representação dos cidadãos no Parlamento, a democracia foi reinventada por diversas vezes por distintas conjunturas históricas. Ocorre que, inobstante as diferentes práticas e contextos, observa-se que o *impulso* para a participação democrática desenvolveu-se a partir do que se pode chamar de *lógica da igualdade* na formação de uma *maioria*.¹⁴⁵ A *lógica da igualdade* democrática foi antes de tudo uma conquista. Ao contrário do que estabelece o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, os homens não nascem iguais, mas se tornam iguais.¹⁴⁶ Com efeito, é da essência da democracia, o pluralismo. Em termos de formação de interesses, o pluralismo permite que as diferentes pessoas e grupos que compõe a sociedade decidam quais são as outras pessoas e grupos com os quais pretendam constituir uma parceira para dar forma à legislação. De fato, os indivíduos não são iguais em essência e, quanto aos interesses, estes podem divergir de modo substancial.¹⁴⁷

A *igualdade política* é uma premissa fundamental da democracia indireta. E, do ponto de vista do indivíduo, tem suas bases na luta por iguais condições de participação nos assuntos do Estado. Nesse sentido, um grande temor que perpassa os ideais democráticos é a constituição de um governo tirânico. Esse temor ainda persiste, mas essa *igualdade* na contemporaneidade se reveste de outras características como o *critério* de igualdade eleitoral (anteriormente mencionada: *one man, one vote*) e como um postulado do *processo decisório*, mais amplo que o *critério eleitoral* para composição de quórum.¹⁴⁸ Esse postulado

¹⁴⁴ BORK, Robert H. In GARVEY, John H. ALEINTKOFF, T. Alexander. **Modern constitutional theory**. Saint Paul: West Publishing, 1990, p.41.

¹⁴⁵ DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001, p. 20.

¹⁴⁶ “Artigo I: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. UNITED NATIONS. **The Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

¹⁴⁷ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 204.

¹⁴⁸ SARTORI, Giovanni. **¿Qué es la democracia?** Madrid: Taurus, 2007, p. 30.

defende a participação igualitária nos processos políticos. A igualdade política consiste basicamente em dois postulados: i) O governo da maioria está justificado como meio para alcançar a igualdade política enquanto não violar os direitos fundamentais de uma democracia; ii) Existência de instituições políticas e jurídicas necessárias para pôr limites adequados à autoridade da maioria para promulgar leis.¹⁴⁹ A representatividade deve ser construída em bases politicamente igualitárias. O que está em jogo na decisão da maioria é o procedimento para formar um conjunto de interesses. “Não se espera que na democracia haja unanimidade”.¹⁵⁰ Democracia é dissenso, isto é, liberdade para a divergência, em termos de participação na formação de interesses. E sob, esse aspecto a ordem jurídica democrática deve garantir o direito de oposição das minorias. “A prova mais segura para julgar se um país é verdadeiramente livre, é o *quantum* de segurança que gozam as minorias”.¹⁵¹

Assim, “embora a ninguém se negue explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria sistematicamente põe em desvantagem alguma minoria, por mera hostilidade ou à recusa em reconhecer uma comunhão de interesses”. Essa atuação, em último grau, tem o potencial de negar a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece.¹⁵²

São nos regimes democráticos que ocorre a união entre *igualdade e liberdade* em sua vertente política.¹⁵³ A liberdade concebida como autodeterminação política do cidadão; como participação deste na formação da vontade diretiva do Estado.¹⁵⁴ No contexto de uma ordem democrática deve haver liberdade para discordância. A regra da maioria não é uma

¹⁴⁹ DAHL, Robert Alan. **La igualdad política**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 28-30.

¹⁵⁰ RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. São Paulo: Publifolha, 2008, p.35.

¹⁵¹ ACTON, Lord. **Essays on freedom and power**. New York: Meridian, 1955, p. 56.

¹⁵² ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 134-137.

¹⁵³ A liberdade nesse trabalho será analisada apenas sob o aspecto político, enquanto liceidade para o dissenso. Liberdade de oposição confiada à minoria. Sob esse aspecto, cumpre reportar a Constant para quem a liberdade dos antigos não é a mesma dos modernos. “A liberdade dos tempos antigos (na democracia direta) era tudo aquilo que garantia aos cidadãos a maior parcela no exercício do poder político. A liberdade nos tempos modernos é tudo o que garante aos cidadãos independência do governo”. CONSTANT, Benjamin. **Princípios de política aplicáveis a todos os governos**. Rio de Janeiro, 2007, p.596. Ver ainda BERLIN. Dois conceitos de liberdades. *In Estudos sobre a humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

¹⁵⁴ Kelsen, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.28.

prisão para a vontade do indivíduo. Nas democracias, a oposição é um órgão da soberania popular tão vital como o governo. Suprimir a oposição significa suprimir a soberania do povo.¹⁵⁵ Em linhas gerais, a liberdade para o dissenso está diretamente relacionada com a igualdade de condições no agir decisional. Pelo princípio da igualdade política pressupõe-se que o *valor* das vontades dos indivíduos sejam iguais. Todavia, para Kelsen, “da pressuposição de que um indivíduo não vale mais que o outro, não se pode deduzir que a vontade da maioria é a que deve prevalecer”, isto é, “como se uma quantidade maior de votos tivesse mais poder que poucos votos”.¹⁵⁶

Nesse sentido, a prerrogativa da maioria é uma fonte de legitimidade democrática. Mas, ainda na leitura contemporânea do clássico de Constant, a legitimidade do governo depende tanto de seu propósito quanto de sua fonte. Em síntese, a aquiescência da maioria não é suficiente em todas as circunstâncias para fazer com suas ações sejam legais.¹⁵⁷ Na vida política, a prevalência de uma maioria é um critério matemático vitorioso, contudo, a maioria pode apenas fazer leis para as questões sobre as quais a lei tem que se pronunciar. Naqueles casos em que a lei não precisa fazê-lo, o desejo da maioria não é mais lícito que o da menor das minorias.¹⁵⁸

A tarefa mais difícil sempre foi e, continua sendo, a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da *tiranía da maioria* sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo majoritário. A democracia majoritária é o cerne do nosso sistema constitucional.¹⁵⁹ Contudo, como uma via de *mão dupla*, a experiência histórica demonstra que também pode haver minorias opressoras.¹⁶⁰ Para Constant quando, por exemplo, “uma

¹⁵⁵ FERRERO, **Guglielmo**. *Potere*. Milán: Comunità, 1947, p. 217.

¹⁵⁶ Ainda para Kelsen: “Afirmar que os mais numerosos são os mais fortes seria transformar em máxima defeituosa um dado da experiência, e a fórmula “a força supera o direito”, só seria superada se fosse elevada ao estado de regra do direito.” KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp.31-32.

¹⁵⁷ CONSTANT, Benjamin. **Princípios de política aplicáveis a todos os governos**. Rio de Janeiro, 2007, p.82.

¹⁵⁸ CONSTANT, Benjamin. **Princípios de política aplicáveis a todos os governos**. Rio de Janeiro, 2007, p.84.

¹⁵⁹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 12.

¹⁶⁰ Historicamente recorda-se os regimes autoritários.

minoria *feroz e ruidosa* toma a nome da maioria para tyrannizar a sociedade, o que elas alegam para justificar suas afrontas? A soberania do povo, sempre princípio de governo”.¹⁶¹

Com efeito, diante da regra de governo da maioria, a minoria exerce uma função política importante, decisiva: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas. É essencial à democracia republicana que a oposição tenha espaço para formular *propostas alternativas* às ideias e ações do governo e da maioria que o sustenta.¹⁶²

Diante da possibilidade de transgressão do poder, quer seja por parte da maioria, quer seja por parte de uma minoria torna-se necessário estabelecer *limitações colaterais* ao governo, sobretudo em uma democracia. Assim para Ely, a previsão constitucional desses limites é uma garantia à própria democracia. “É mais sábio e mais seguro estabelecê-las de antemão, antes de surgirem controvérsias específicas, do que desenvolvê-las no contexto de um problema político particular e das paranoias e paixões que o acompanham.”¹⁶³ Com efeito, o equilíbrio democrático da formação da vontade da maioria e da garantia aos direitos da minoria é tênue e cabe à República o fiel da balança, conforme será demonstrado a seguir.

1.4 O legado da virtude republicana na contemporaneidade

“Enquanto a democracia tem no seu cerne o anseio da massa por ter mais, o seu desejo de igualar-se aos que possuem mais bens do que ela, e, portanto, é um regime do desejo, a república tem, no seu âmago, uma disposição ao sacrifício, proclamando a supremacia do bem comum sobre qualquer desejo particular.”¹⁶⁴

¹⁶¹ CONSTANT, Benjamin. **Princípios de política aplicáveis a todos os governos**. Rio de Janeiro, 2007, p.631.

¹⁶² ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3ª edição. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001, p.100.

¹⁶³ Uma maioria totalmente livre para agir é, de fato, uma coisa perigosíssima, mas é preciso fazer um grande salto lógico para passar dessa ideia à conclusão de que a imposição de uma “constituição não escrita” por parte de autoridades não eleitas seja a resposta adequada numa república democrática. ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, pp. 12-13.

¹⁶⁴ RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In BIGNOTTO, Newton. (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 18.

O modelo democrático possui em sua essência o dinamismo conceitual e prático. E, assim como a democracia, a República também sofreu variações históricas. Em apertada síntese: i) a República na antiguidade romana, onde conceitualmente havia uma distinção entre governo Republicano e Democrático (Grécia); ii) a República na era moderna, a partir da experiência estadunidense, bem como, os ideais iluministas na França, consubstanciados no princípio da *volonté générale*; iii) O sentido prático de república na contemporaneidade, como uma espécie de *freio racional ao entusiasmo da maioria democrática*.

Contudo, no que concerne a *regência republicana* de um Estado, verifica-se uma lacuna na adaptação de um conceito para a contemporaneidade, sobretudo no pensamento jurídico brasileiro dogmático. A análise do modelo antigo (Romano) e a engenharia constitucional dos *Founding Fathers* da República Norte Americana são os pilares dessa construção. Todavia, para precisar ideias formuladas por autores do passado é mister tratá-las como pensamento vivo. “Morto é um pensamento que, convertido em doutrina, se transmite e se reitera sem questionamento. Vivo é o pensamento como atividade crítica permanente, susceptível de confrontar-se com outras ideias de nossa época.”¹⁶⁵ Assim, é preciso a partir da experiência, agregar certos componentes ao sentido de República e contextualizá-la na realidade brasileira.

A República na contemporaneidade, no contexto de um Estado Democrático de Direito representa um *filtro racional* à vontade da maioria quando esta excede suas prerrogativas. Na verdade, a regência republicana na atualidade promove um resgate dos fundamentos do *Rule of Law* e do *Judicial Review*. Contudo, quanto ao funcionamento desse sistema, importa em uma releitura do instituto da separação dos poderes ou uma *nova separação dos poderes* para Ackerman.¹⁶⁶ Com efeito, na realidade brasileira, a *intervenção* do Judiciário no Legislativo pode ser legítima a fim de evitar que a maioria parlamentar *reinante* afronte direitos constitucionais consagrados à proteção das minorias. Seguindo-se o alerta de Villoro, esse pensamento *vivo* deve ser construído, a partir da experiência.

¹⁶⁵ VILLORO, Luís. **El concepto de ideología**. México: Fondo de Cultura Económica, 1985. Prólogo, p.9.

¹⁶⁶ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).

A *República velha* brasileira, na expressão utilizada por Ataliba, “surge como desaguadouro de longa e mediata evolução”¹⁶⁷. E, nesse sentido, o princípio republicano funciona como alicerce de toda a estrutura constitucional, *pedra de toque* ou *chave de abóboda* do sistema.¹⁶⁸ Ataliba refere-se ao modelo estadunidense que serviu de inspiração à República Brasileira.¹⁶⁹

O Século XVIII marca a prática republicana moderna sem abandonar os seus ideais, contudo o desafio desse momento histórico é: como conciliar a vontade geral democrática com as limitações da cidadania moderna? Os ideais republicanos destacam-se na França com Montesquieu e em solo norte americano com Madison. O republicanismo enfatiza os deveres de participação cívica dos cidadãos e o respeito ao sistema de liberdades positivas (direitos, disponibilidade do cidadão para se envolver na tarefa do governo da *res publica*) e negativas (livrar o indivíduo dos constrangimentos legais e institucionais).¹⁷⁰ Todavia, para Viroli, o republicanismo se distingue tanto da tradição liberal como da tradição democrática. O liberalismo concebe a liberdade como ausência de interferência; a democracia, por sua vez, a identifica como o poder que alguém tem para criar e obedecer as normas; o republicanismo, ao revés, identifica a verdadeira liberdade como ausência de dependência da vontade arbitrária de uma ou várias pessoas.¹⁷¹

O Republicanismo norte-americano constitui um modelo singular de criação em comparação a outros modelos de constitucionalismo democrático. Essa *atipicidade* pode ser explicada por ausência, à época, de um modelo *desejável e praticável*, o que, de certa forma, apresentou uma limitação de ordem história ao poder constituinte originário. Na modernidade, os *Founding Fathers* do constitucionalismo norte-americano, ao se lançarem na construção da nova engenharia constitucional, tiveram como desafio refletir sobre a

¹⁶⁷ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª edição. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2007, p.36.

¹⁶⁸ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª edição. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2007, p.37.

¹⁶⁹ Cumprer-se-á ressaltar que a experiência republicana brasileira será objeto de aprofundamento no item 1.6 do presente trabalho.

¹⁷⁰ CARVALHO, José Murilo de. Cidadania na encruzilhada. In BIGNOTTO, Newton (org). **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 105-130.

¹⁷¹ BOBBIO, Norberto. VIROLI, Maurizio. **Diálogo en torno a la república**. Barcelona: Kriterion Tusquets, 2002, p. 9.

inexatidão com que a palavra república era empregada nas discussões políticas. A prática e os escritos políticos que fundamentavam o exame das constituições não demonstravam as verdadeiras características de uma República ideal.¹⁷² A título exemplificativo, Madison apontou para as constituições de países autoproclamados repúblicas, mas que em realidade distanciavam-se dessa forma de governo. A Holanda, em que nem uma única partícula do poder supremo é derivada do povo, chama-se República. Da mesma forma, a Polônia, que “oferece a mais repugnante mistura das formas aristocrática e monárquica”. Ainda, “não é com menos impropriedade que se dá o nome de república ao governo da Inglaterra, onde se encontra, na verdade, um elemento republicano, mas cujo elemento está combinado com a aristocracia e com a monarquia hereditária”.¹⁷³

Robert Dahl ressalta que o panorama histórico sobre o termo *República* foi, enfim, pacificado por James Madison, em 1787. Notadamente os *governos populares* eram classificados como Democracia (Gregos) e República (Romanos). Contudo, cada um representa um tipo diferente de governo constitucional. A distinção feita por Madison, qual seja, democracia pura (direta) e república (representativa), não possuía base alguma na história anterior. Na verdade, o próprio Madison teria criado essa distinção para “desacreditar os críticos que discutiam o fato de que a constituição proposta não era suficientemente democrática”.¹⁷⁴

Com efeito, os argumentos colacionados por Madison, Hamilton e John Jay centralizavam-se na necessidade de criação de um modelo de governo capaz de administrar o poder dos estados em uma *República de dimensões continentais*. Desde a tradição de Locke que inspirou Montesquieu e que, por sua vez, inspirou os federalistas, o termo *fedus*

¹⁷² Tomando-se por referência a República Romana, conforme aponta os escritos de Cícero: “Se Roma existe, é por seus homens e seus hábitos. A brevidade e a verdade desse verso fazem com que seja, para mim, um verdadeiro oráculo. Com efeito, sem nossas tradições veneradas, sem nossos singulares heróis, teria sido impossível ao mais ilustres cidadãos fundar e manter, durante tão longo tempo, o império de nossa República. [...] Nossa idade, pelo contrário, depois de ter recebido a República como uma pintura insigne, em que o tempo começara a apagar as cores, não só cuidou de restaurá-la, dando novo brilho às antigas cores, como nem mesmo se ocupou em conservar pelo menos o desenho e os últimos contornos. Que resta daqueles costumes antigos, dos quais se disse terem sido a glória romana? O pó do esquecimento que os cobre impede, não já que sejam seguidos, mas conhecidos” CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Brasília: Kiron, 2011, p. 121-122.

¹⁷³ MADISON, James. Debates on the adoption of the Federal Constitution. **In the convention held at Philadelphia in 1787**: with a diary of the debates of the congress of the confederation. Philadelphia: J. B. Lippincott, 1891, p. 236-237.

¹⁷⁴ DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Brasília: UNB, 2001, p. 26-27.

representa *aliança*. Nesse contexto, *federal* significa uma aliança dos estados em oposição à forma centralizadora do Estado Unitário. A solução apresentada por Madison redefiniu o conceito de república, “de uma comunidade política com participação direta do cidadão na vida pública para outra que delega o tratamento dos negócios comuns a um pequeno grupo de cidadãos eleitos pelos demais”. Em outras palavras, a ideia de autogoverno era substituída pelo esquema de representação. Interessante observar que a tradição romana foi mantida no pseudônimo de *Publius* adotado nas assinaturas dos articulistas de *O Federalista*. A escolha foi simbólica, uma vez que Publius Valerius foi um cônsul romano responsável pela “estabilidade da República, após o golpe palaciano que pôs fim à monarquia e expulsou Tarquínio, o soberbo, sétimo e último rei de Roma.”¹⁷⁵

A singularidade do modelo americano não se pauta na simples rejeição à monarquia mas, em verdade, ao libertarem-se do jugo da Inglaterra, é necessário pensar um modelo adequado à nova realidade. Essa reflexão ainda é responsável por romper uma tradição fortemente arraigada na contemporaneidade, qual seja, a confusão de sentidos originada pela oposição entre República e Monarquia. Esse antagonismo não é absoluto em termos reais. Pode haver elementos republicanos na monarquia (“o rei como paladino do bem comum”). Ribeiro recorda que, em 1804, um plebiscito decide que o “governo da República francesa é confiado a um imperador”. Assim, Napoleão, ao se tornar imperador da França não “diz acabou a República, esta continua, mas nas mãos de um imperador”.¹⁷⁶ Essa análise do sentido de República é importante para compreendê-la como um sistema de governo, mas, sobretudo, enquanto um modelo institucional em que os homens são subordinados à lei, uma vez que estas, em tese, devem refletir o interesse do *povo*.

O pensamento republicano, aliado ao ideal democrático, é pautado no império da lei como expressão máxima da vontade do povo. Ocorre que a *vontade* ou os *desejos* do

¹⁷⁵ De outra sorte: “Os antifederalistas (como Patrick Henry) não deixaram por menos: a valente enxurrada de panfletos que combateu duramente a Constituição também extraiu seu simbolismo da Antiguidade Clássica [...], mas com uma importante diferença de posição: eles decidiram assinar seus textos com os pseudônimos de *Cato*, *Agrippa* e *Brutus*, sempre personagens profundamente dedicados a proteger a República e a defendê-la a qualquer preço do perigo representado pela figura do tirano. *Publius* pretendia garantir a estabilidade da República; seus adversários escolheram como modelo os exemplos de devoção à República, os heróis marcados pela disposição de morrer em defesa da liberdade.” STARLING, Heloisa Maria Murgel. A matriz norte-americana. In BIGNOTTO, Newton. **Matizes do republicanismo**. Belo Horizonte: UFMG, 2013, p. 290.

¹⁷⁶ RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. São Paulo: Publifolha, 2008, p.25.

povo podem não ser os mais nobres. “A tirania das massas é tão repugnante quanto a do indivíduo ou do grupo”.¹⁷⁷ Para Ribeiro, o interesse (ou a vontade tirânica da massa) “rompe decisivamente com a virtude”. Este é um *perigo da democracia*. “O desejo negocia pouco, a virtude despreza a negociação”. Essa articulação constitui a temática do equilíbrio republicano.¹⁷⁸

O equilíbrio na tradição democrática-republicana entre a gestão da *res publica*, a partir do interesse da maioria corresponde às reflexões constante de três grandes correntes: i) O conceito liberal, pautado na *liberdade dos modernos* (liberdade negativa); ii) Republicanismo clássico ou humanismo cívico, fundamentado na virtude, *liberdade dos antigos* (liberdade positiva) e na gestão da *res publica* em prol do interesse coletivo, a custa de um sacrifício do interesse individual; iii) A visão comunitária de cidadania (comunitarismo), como sentimento de pertencimento a uma comunidade política. Uma vez que os conceito liberal e comunitarista são temáticas que mais se aproximam da democracia e, por essa razão, já foram desenvolvidos nos tópicos anteriores, o ponto de análise agora é a tradição da *virtude* republicana.

“A república é um reto governo de vários lares e do que lhes é comum, com poder soberano”. Com essa definição Jean Bodin abre o capítulo I, intitulado “qual é o fim principal da República bem ordenada” do primeiro livro da *República*. “Diz-se em primeiro lugar reto governo pela diferença que existe entre as Repúblicas e as tropas de ladrões e piratas”. E, “que os homens e as Repúblicas estão em perpétuo movimento, impelidos às ações necessárias”.¹⁷⁹ A República em sua essência representa o *reto governo* e também o *locus* da virtude.

Em Montesquieu verifica-se que a força da lei (em um governo monárquico) e o “braço sempre erguido do Príncipe” (em um governo despótico) não são suficientes para definir um governo. Em um *Estado Popular* é necessário um motor a mais: a *virtude*. Em uma República, a *virtude* é um sentimento – o amor a pátria- pelo qual todos os homens do

¹⁷⁷ RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In BIGNOTTO, Newton. (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 13.

¹⁷⁸ RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In BIGNOTTO, Newton. (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 17.

¹⁷⁹ BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Livro I. São Paulo: Ícone, 2011, p. 71.

Estado privam-se, em certa medida, de seus interesses privados e dedicam-se às causas mais gerais. Consequentemente, “o amor à república, numa democracia, é o amor à democracia, o amor à democracia é o amor à igualdade”. “O amor à igualdade tem o poder de limitar a ambição ao desejo único de prestar à pátria maiores favores.” Ainda, “o espírito de moderação é o que se chama de virtude na aristocracia. Ele ocupa o lugar do espírito de igualdade no *Estado Popular*.”¹⁸⁰ Cumpre enfatizar que a República que Montesquieu discorre como um *elogio fúnebre* era inviável para seu tempo, mas há que se ressaltar que o modelo estudado era a República Romana.

Rousseau, em *O contrato Social* refere-se à Montesquieu (*O Espírito das Leis*) como o “autor que pôs a virtude como princípio da República”, apesar desse *grande gênio* não ter feitos algumas distinções necessárias.¹⁸¹ De fato, o bem comum não coincide com o bem de muitos, nem com o bem de todos. Assim, na República, o essencial não são os beneficiados, mas o tipo de bem que se procura.¹⁸² Ribeiro exemplifica seu argumento: “um candidato pode prometer vantagens a todos, à custa dos cofres públicos, enquanto outro, que reprime o acesso das pessoas ao erário, seria o verdadeiro defensor da *res publica*”.¹⁸³

Ainda para Rousseau, “ao fingir dar lições aos reis, ele (Maquiavel) deu grande lições aos povos”. “O Príncipe é o livro dos republicanos”.¹⁸⁴ Na verdade, a *virtude* é uma máxima do sistema republicano, não é exclusiva do governante, como *expressão de um ideal demiúrgico*. Na República cabe ao governante, mas também aos cidadãos governados coibir os excessos. Educar os desejos enquanto *pulsão aquisitiva* desmedida. A moralidade Republicana impõe a abnegação dos que têm e ilimitadamente querem ter mais.

Nesse sentido, o equilíbrio republicano recobra o papel das leis na promoção da vontade de maioria (democrática) e nos limites a essa vontade diante de possíveis excessos.

¹⁸⁰ MONTESQUIEU, Charles Loius de Secondat, Baron de la Brède et de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 13- 27.

¹⁸¹ ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Du Contrat Social**. Capítulo 4 do Livro III, p. 82. Disponível em Domínio Público: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/lv000091.pdf>. Acesso em 25/11/2013.

¹⁸² RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. São Paulo: Publifolha, 2008, p.19.

¹⁸³ RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. São Paulo: Publifolha, 2008, p.19.

¹⁸⁴ ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Du Contrat Social**. Capítulo 4 do Livro III, p. 86. Disponível em Domínio Público: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/lv000091.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2013.

Ainda ressoa o alerta de Montesquieu ao analisar a república modelar romana e, também a experiência de governos gregos, em função dos problemas da Itália do seu tempo. Assim, “feliz é a república à qual o destino outorga um legislador prudente, cujas leis se combinam de modo a assegurar a tranquilidade de todos, sem que seja necessário reformá-las.” E, segue ao citar o exemplo de Esparta: “É o que se viu em Esparta, onde as leis foram respeitadas durante oito séculos, sem alterações e sem desordens perigosas”.¹⁸⁵

Mas, o que seria essa *virtude* na contemporaneidade? Para Carvalho, os sistemas ocidentais combinam as três tradições democrático-republicanas. Contudo, essa convivência não é simples. A começar, por uma problemática: Com viabilizar a virtude republicana, entendida como ativismo político e a preocupação com o bem coletivo? É difícil compatibiliza essa *virtude* como um *mundo utilitário* da *sociedade de mercado*, onde não há tempo disponível para a ação cívica, nem motivação para que as pessoas se desviem da busca do interesse individual. Diante desse cenário, a justificativa lógica do bem coletivo no mundo utilitário permanece na soma dos interesses pessoais.¹⁸⁶

Para os críticos do republicanismo contemporâneo é comum alegar a inocuidade das virtudes dos membros políticos e da participação ativa do cidadão. Com tudo, essa *confortável apatia* não é o melhor caminho para na construção e preservação dos valores democráticos. A tradição democrática-republicana nos deixa como legado o fato de que o respeito a *res publica* é por excelência a ética na política. Isto é, instituir o coletivo acima do privado; os valores acima dos interesses e desejos.¹⁸⁷ Nesse ponto, ressalta-se a reflexão de Weber para quem “há duas maneiras de fazer da política uma profissão ou vocação. Ou se vive *para* a política ou se vive *da* política”.¹⁸⁸ De fato, “o verdadeiro inimigo da república é o uso privado da coisa pública.”¹⁸⁹ Essa *visão exigente da política* pode ter conotações de um *Estado Ideal*. Contudo, considerando que não é possível uma unidade perfeita entre os interesses no republicanismo contemporâneo, o caminho mais adequado talvez seja a

¹⁸⁵ MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. Brasília: UNB, 2008, p. 23.

¹⁸⁶ CARVALHO, José Murilo de. Cidadania na encruzilhada. In BIGNOTTO, Newton. (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 121.

¹⁸⁷ RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. São Paulo: Publifolha, 2008, p.57.

¹⁸⁸ WEBER, Max. **Escritos políticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p.400.

¹⁸⁹ RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. São Paulo: Publifolha, 2008, p.36.

garantia de uma ordem jurídica-institucional que conviva com a ideia de *virtude* do corpo político e social. Pelo menos, não importa em retrocesso histórico.

Em termos institucionais, a República, no marco da contemporaneidade segue orientada sob a perspectiva do *Império do Direito* (*Rule of Law*) e da *revisão judicial* (*Judicial Review*). Nesse sentido, a jurisdição constitucional é um instrumento republicano legítimo para o exercício e o controle da ordem jurídica democrática. Com efeito, a “jurisdição constitucional brasileira tem sido chamada a garantir a concretização dos valores constitucionais, sobretudo no que concerne ao direito das minorias”.¹⁹⁰

A tarefa de criação da norma no que concerne à guarda dos valores constitucionais é poligenética. Observa-se, como regra, a vontade da maioria, mas quando esta usurpa os pilares do regime democrático (constantes, sobretudo, das cláusulas pétreas) e os direitos da minoria, impera-se a contenção republicana. Enquanto o legislativo é o *locus* das escolhas majoritárias, o Executivo representa o espaço para as escolhas discricionárias, reserva-se ao poder judiciário o juízo de composição técnica.

O pilar da *vontade da maioria* insculpido nos regimes democráticos é, na verdade, institucionalmente representado pelas três funções do Estado. “Todo poder estatal origina-se do povo. Isso exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional com representação do povo.”¹⁹¹ Ocorre que referidas representações desenvolvem-se de formas diferentes: o Parlamento e o Executivo representam o povo politicamente, o tribunal constitucional, de forma argumentativa.¹⁹² Com efeito, ao Parlamento cabe a função de elaborar leis em consonância com o legítimo processo democrático. E ao tribunal impõe-se o dever de interpretar e controlar essas leis buscando democratizá-las em consonância com os valores do Estado Democrático de Direito.

Ressalta-se que a participação enquanto *virtude republicana* não se esgota no âmbito do cidadão, mas pode ser sentida também no campo institucional. A *virtude*

¹⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 217, Jul/set. 1999, p. 66.

¹⁹² ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 217, Jul/set. 1999, p. 66

contemporânea comporta a ideia de transparência (*visibility*) que por sua vez está associada à *accountability* horizontal, uma forma de *prestação de contas* entre os poderes da República.¹⁹³ Nesse modelo, uma instituição atua para “prevenir, corrigir e/ou punir ações/omissões de outra instituição”.¹⁹⁴ Com efeito, se todo poder emana do povo, o Judiciário é juridicamente responsável para com o povo, através da guarda da constituição. A *accountability* do Poder Judiciário é um processo necessário, porém de natureza distinta, uma vez que seus membros não são eleitos, mas devem da mesma forma agir com *transparência* no exercício de seus atos.

O diálogo republicano e democrático entre o Judiciário e Legislativo não indica a supremacia de um poder sobre o outro, mas sim a *supremacia dos valores constitucionais*, base do Estado Democrático de Direito. Em termos de uma democracia representativa, se “todo poder emana do povo que o exerce através de seus representantes”¹⁹⁵, há que se promover o *bem de todos*, sem qualquer discriminação, como fundamento da República Federativa do Brasil¹⁹⁶. E, havendo *ameaças* a esse direito constitucional, enseja-se à apreciação do Poder Judiciário¹⁹⁷, *in casu* do guardião da Constituição¹⁹⁸. Trata-se, em realidade de um governo de Leis e não de magistrados (*governo dos juízes*).¹⁹⁹

Em termos substanciais, o Poder legislativo é a arena democrática por natureza, onde se impera a regra da maioria. Contudo, para coibir os excessos da maioria cabe à república a contenção dos *desejos* democráticos. Esse papel é confiado ao poder Judiciário como instrumento de atuação republicana (contramajoritária), recordando-se as origens

¹⁹³ Também comporta com a ideia de Pluralismo (*multiplicity*), a partir do sentido de partido político. Sobre as virtudes contemporâneas, ver: CUNHA, Paulo Ferreira da. **Nova Teoria do Estado: Estado, República, Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 330.

¹⁹⁴ O'DONNEL, Guillermo. Democracia, desarrollo humano y derecho humanos. In: O'DONNEL, Guillermo; LAZZETTA, Osvaldo; CULLELL, Jorge Vargas (comp.). **Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: reflexiones sobre la calidad de la democracia em América Latina**. Rosário: Homo Sapiens, 2003, p.119.

¹⁹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 1º, parágrafo único. Brasília. Senado Federal, 2015.

¹⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 3º, inciso IV. Brasília. Senado Federal, 2015.

¹⁹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 5º, inciso XXXV. Brasília. Senado Federal, 2015.

¹⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 102. Brasília. Senado Federal, 2015.

¹⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

aristocráticas da República. De fato, a tradição republicana além de ser cívica é aristocrática.²⁰⁰ Com efeito, esse agir deve ser compreendido a partir da dinâmica dos poderes o marco do moderno constitucionalismo, conforme se apresenta no tópico a seguir.

1.5 A doutrina da divisão dos poderes e o moderno Constitucionalismo

“Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isso seria afirmar que o delegado é maior que o outorgante.”²⁰¹

“Quando se considera a evolução geral dos governos, os olhos se fixam nestes dois marcos fatais: o absolutismo irresponsável dos reis, e a onipotência irresponsável das assembleias populares. Parecia fatal que, num ou noutro escolha, tivessem de naufragar as liberdades individuais, obrigadas a escolher o molho com que seriam devoradas. A imaginação dos homens parecia ter secado nestas duas fatalidades. Foi quando os gênios dos norte-americanos idearam a maravilhosa função oracular da justiça para conter os outros poderes no círculo da lei e da Constituição, sempre que lhe batam às portas direito individuais feridos. Nunca mais a onipotência dos reis, nem das assembleias populares. Acima de todos, a Constituição escrita, sob a guarda e a interpretação da Justiça”.²⁰²

A dinâmica dos Poderes no Estado de Direito pode ser compreendida através do diálogo entre a democracia e república. Mas qual é a legitimidade e os fatores que autorizam a interferência do Poder Judiciário na atividade típica do Poder Legislativo? Já tratamos do sentido de povo e legitimidade para a Democracia, mas ainda resta desenvolver a hipótese legítima e legal dessa influência à luz da teoria da separação dos poderes e do moderno constitucionalismo. O desenvolvimento do instituto da separação dos poderes acompanha também o processo de formação e amadurecimento do Estado de Direito. Trata-se de uma longa tradição. Assim, em consonância com o objetivo do trabalho não cabe uma

²⁰⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Construindo o Estado republicano**: democracia e reforma da gestão pública. Tradução de Maria Cristina Godoy. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

²⁰¹ HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. (*Paper* n. 78, p. 465).

²⁰² DORIA, Antonio de Sampaio. **Princípios constitucionais**. São Paulo, Editora Ltda., 1926, p. 91.

revisão teórica da criação e aperfeiçoamento desse instituto²⁰³, mas sim empreender uma análise da principal característica do modelo, qual seja, o temor a concentração de poderes e seu exercício tirânico, a fim de compreender e justificar a solução de um problema contemporâneo (com características cíclicas e perenes) do Direito pátrio.

Prima facie, o instituto da separação de poderes na realidade brasileira também foi fortemente influenciado pelo Constitucionalismo norte-americano que, por sua vez aperfeiçoou a prática e a teoria de uma intensa construção histórica, tendo por principais marcos: i) Aristóteles (“A Política”) que reparte as funções do Estado em *deliberante* (decisões fundamentais), *executiva* (aplicação pelo magistrado dessas decisões) e *judiciária* (fazer justiça); ii) Na Inglaterra, a *Magna Carta* (1215) com a criação do Parlamento que restringiu o poder do monarca e a revolução gloriosa, sobretudo com a passagem no parlamento da *Bill of Rights* (1689); iii) O modelo teorizado por Locke (“*Treatises of government*”) em três funções distintas: legislativa, executiva e a federativa (manter aliança com outros Estados). Nesse modelo, a função legislativa exerce uma supremacia sobre a função executiva, mesmos nas monarquias moderadas;²⁰⁴ iv) De acordo com o brocardo constitucionalista, se Locke institui, Montesquieu consagra no “Espírito das Leis”.²⁰⁵

Em termos ideológicos, a doutrina da separação dos poderes tradicionalmente “entendida como tendo por objetivo a limitação ou moderação do poder político e a garantia da liberdade”, desenvolve-se, a partir da necessidade de distinção entre as funções estatais, diante do temor da concentração de poderes e consequente exercício tirânico. Assim a divisão e especialização de funções em nome da liberdade do indivíduo é desenvolvida e aprimorada com o principal componente do *Rule of Law*.²⁰⁶

²⁰³ Recordar-se o alerta de Luciano de Oliveira constante do artigo “Não me fale do código de Hamurabi”. A volta ao passado não pode ser compreendida como um *universalismo a-histórico*.

²⁰⁴ “Where the legislative and the executive power are in distinct hands, as they are in all moderated monarchies and wellframed governments [...] In all cases whilst the government subsists the legislative in the supreme power.” LOCKE, John. **Two Treatises of government**. USA: Eaton Press, 1991, pp. 213-207.

²⁰⁵ “[...] Esses três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas, como pelo movimento necessário das coisas, eles estão obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo”. Nesse sentido, “o poder detém o poder”. MONTESQUIEU, Charles Loius de Secondat, Baron de la Brède et de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 209.

²⁰⁶ NUNO, Piçarra. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 17.

O contexto de formação do *Rule of Law* remonta à experiência inglesa. A revolução gloriosa lança as bases para a onipotência do Parlamento e a difusão da crise do poder. Nesse sentido, o constitucionalismo de Locke, na obra “Dois tratados sobre o governo” foi interpretado como a justificação teórica da revolução gloriosa, ainda que na realidade fosse um manifesto político.²⁰⁷ Locke se encontrava frente a um importante problema de engenharia constitucional no início do séc. XVII. A crise havia se instalado pela ruptura do equilíbrio entre *gubernaculum* e *iurisdictio* e também pelo surgimento do *novo poder legislativo* limitador das ações do monarca.²⁰⁸ Na Inglaterra se havia afirmado as novas teorias da legitimação democrática do poder. No novo clima cultural e político era necessário afrontar problemas de filosofia política, sobretudo: o que é o poder?

A descrição do estado de natureza é para Locke essencial para entender a verdadeira natureza do poder político, suas estruturas e seus limites. Contudo, o inconveniente do estado de natureza consiste não na impossibilidade teórica da convivência, como havia assinalado Hobbes, mas no fato de que os homens são juízes em suas próprias causas; dado que são racionais, mas também passionais, o estado de natureza é potencialmente também um estado de guerra, de maneira que a situação do homem é incerta e precária, exposta ao risco.²⁰⁹ Da estrutura do estado de natureza Locke pretende, em primeiro lugar, derivar logicamente a organização dos poderes na sociedade política e, em segundo lugar, justificar seu projeto constitucional para Inglaterra. Locke está preocupado com a escassa representatividade da Câmara dos Comuns. Não significa que está preocupado com uma ampliação no sentido democrático do eleitorado, mas que se limita a denunciar a desigualdade e desproporcionalidade da lei eleitoral. Por outro lado, o poder legislativo nem sempre está ativo, não há um trabalho contínuo, enquanto que é da natureza do executivo encontra-se permanentemente reunido. Com efeito, no caso de conflito entre o legislativo e o executivo, se o rei abusa da prerrogativa, ou entre o povo e o legislativo, se a oligarquia parlamentar atua contra as liberdades e as propriedades dos súditos, não existe um juiz sobre a terra, mas há o direito à revolução para combater um

²⁰⁷ LOCKE, John. **Two Treatises of government**. USA: Eaton Press, 1991.

²⁰⁸ *Gubernaculum* como prerrogativa a que se refere às relações com os outros Estados. E, *iurisdictio* como o dever de administrar a justiça. O rei é soberano, mas está limitado pelo Direito de deve pronunciar-se *secundum legem*. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Trotta, 1998, p. 39.

²⁰⁹ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Trotta, 1998, p. 130.

poder ilegítimo (enquanto não cedido pelo povo). Este é um direito anterior e superior a todas as leis positivas humanas, que se exerce como extrema *ratio* contra um poder sem direito, que é apenas tirania. Ademais para Locke o legislativo é a alma que dá forma, vida e unidade à sociedade política: se o legislativo vê alterada sua composição, o rei impede seu funcionamento, o povo tem a liberdade de instituir um novo legislativo.²¹⁰

Após a revolução gloriosa e da influência dos escritos de Locke, o tema da soberania do Parlamento encontra em Blackstone um marco teórico. Este defendia a tese de que o supremo poder de um Estado é o legislativo. Blackstone renuncia ao princípio de uma lei superior fundamental que limite a onipotência do Parlamento, mas para fazer uma lei era necessário o consenso do rei, da Câmara dos Lordes e da Câmara dos comuns. Contudo, um problema que Blackstone não consegue solucionar é a possibilidade de que por acordos do Parlamento se violem os direitos dos cidadãos ingleses.²¹¹ De outra face, adversário da onipotência do Parlamento, Bolingbroke, através de seus conceitos, torna evidente os ecos do jusnaturalismo e do contratualismo, assim há a necessidade de um duplo contrato entre o rei e o povo, outro entre os órgãos representativos e a nação. Defende-se, ainda a Superioridade da Constituição: enquanto que a legislação pode variar, a Constituição permanece imutável, já que é a '*pedra de toque da primeira*'.²¹²

Um ponto de convergência entre Bolingbroke e Blackstone é que ambos eram contrários à uma rígida divisão entre o executivo e legislativo, que levaria ou à paralisia do sistema político ou à destruição de um dos poderes: por isso era necessário para o Rei um poder de veto ao processo legislativo. Inaugura-se assim concretamente o discurso da moderna teoria da separação de poderes, que será consolidada por Montesquieu.²¹³ Outra revolução invisível, que se levou a cabo na Inglaterra dos anos de 1600, foi a ruptura do delicado e mecânico equilíbrio com a passagem da monarquia constitucional, na qual o rei era chefe do poder executivo, à monarquia parlamentar, na qual o governo dependia do

²¹⁰ LOCKE, John. Two *Treatises of government*. USA: Eaton Press, 1991. MATTEUCCI, Nicola. Organización del poder y liberdade. Madrid: Trotta, 1998, p. 136-139.

²¹¹ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. San Francisco: Bancroft-whitney, 1916.

²¹² BOLINGBROKE. Dissertation upon parties e The idea of patriot king. Citado por MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y liberdade*. Madrid: Trotta, 1998.

²¹³ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y liberdade*. Madrid: Trotta, 1998, p. 151.

consenso ou da confiança do Parlamento. A ideia de confiar a direção do governo à pessoa capaz de obter a confiança da Câmara dos Comuns, não foi invenção de teóricos. Mas foi com frequência combatida e atacada por esses, porque o cargo de primeiro ministro era desconhecido para o direito inglês e considerado incompatível com a Constituição do país, fundamentada na separação dos poderes. O regime parlamentar moderno emerge lentamente de suas praxes.²¹⁴

De fato, a prática constitucional inglesa demonstra um conflito essencial quanto ao problema da onipotência do Parlamento, qual seja, como conciliar a supremacia da autoridade do Direito com a onipotência do Parlamento?²¹⁵ Cumpre recordar que o termo *Rule of Law* comportava dois sentidos: i) o modelo clássico de Dicey através do princípio da soberania dos atos do parlamento e,²¹⁶ ii) em um segundo momento, com a influência do modelo democrático liberal, o *Rule of Law* passou a significar a distribuição de poder entre o Parlamento de Westminster e Judiciário.²¹⁷ Esta breve dicotomia mostra que o conceito de Estado de Direito foi criado para receber um programa ideológico claro: construir um Estado liberal que reconhece e protege os direitos dos cidadãos, ou seja, com a necessidade de poderes limitados condicionados a um sistema de freios e contrapesos. Sobre esse aspecto cumpre reportar ao experimento estadunidense.

Atendo-se ao constitucionalismo norte americano, verifica-se, que originalmente, Montesquieu, conforme aponta o *Paper Federalista* n.º 47, foi o *oráculo* da separação de poderes.²¹⁸ Contudo, a pergunta que se faz necessária é: em que a Constituição americana conserva e difere da teoria inspiradora? Essa reflexão é necessária para compreender a influência do pensamento de Montesquieu na construção dos ideais norte-americanos de

²¹⁴ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Trotta, 1998, p. 129 e ss.

²¹⁵ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Trotta, 1998, p. 129 e ss.

²¹⁶ DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of Law of the Constitution**. Indianapolis: Liberty fund, 1982.

²¹⁷ HEUSCHLING, Luc. *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris: Dalloz, 2002, p. 169-176. Rosenfeld, assim como Heuschling, recorda que o *Rechtsstaat*, versão germânica para o Estado de Direito apresenta singularidades em relação ao *Rule of Law*. Assim, enquanto este prima pela princípio da legalidade, aquele trabalha o domínio do Estado através do Direito, isto é, a limitação dos poderes do Reich através da legalidade. ROSENFELD, Michel. **The Rule of Law, and the legitimacy of Constitutional Democracy**. New York: Cardozo Law School. March, 2001, p. 21-29.

²¹⁸ MADISON, James. Debates on the adoption of the Federal Constitution. *In the convention held at Philadelphia in 1787: with a diary of the debates of the congress of the confederation*. Philadelphia: J. B. Lippincott, 1891, p. 99.

uma República Democrática, sobretudo o considerar o processo de independência das treze colônias e a formação de seu constitucionalismo, a partir de um teórico francês que defendia a monarquia (não despótica) em um estudo sobre a constituição da Inglaterra. Cappelletti recorda que a estrita *separação* de poderes governamentais, *french style*, não foi o modelo adotado pelos estadunidenses. A *divisão* dos poderes na América do Norte é melhor caracterizada como *freios e contrapesos*. *Séparation des Pouvoirs* ao estilo francês, em verdade, implicava no papel subserviente do Poder Judiciário, estritamente diverso da concepção pensada pelos *Publius*.²¹⁹ Mesmo que a revisão judicial dos atos políticos tenha se instituído e consolidado pela prática jurisprudencial, importa reconhecer que a atuação judicial foi moldada para a proteção da Constituição, conforme se depreende da leitura do Federalista 78:

“A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciais, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela, cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto. [...] Mas, não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são”.²²⁰

Verifica-se que o princípio que inspirou os *Federalistas*, para irem além da prática da *Constituição da Inglaterra* e buscar de fato *o espírito das leis*, consiste em reconhecer que o fundamento de um governo republicano repousa na regra de que todos os poderes procedem do povo e que os membros do corpo institucional conservam suas posições enquanto se mostrarem dignos e bem se portarem.²²¹

²¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu?** A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. Revista do Tribunal Regional Federal, 4ª Região. Porto Alegre, ano 12, n.º 40, p. 28.

²²⁰ HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. Paper n. 78, p. 465- 467.

²²¹ MADISON, James. Debates on the adoption of the Federal Constitution. **In the convention held at Philadelphia in 1787**: with a diary of the debates of the congress of the confederation. Philadelphia: J. B. Lippincott, 1891, p. 236.

Ainda, conforme aponta Madison, “A constituição inglesa era para Montesquieu o que é Homero para todos os escritores didáticos sobre poesia épica”.²²² Com efeito, conforme constatado pelos *Framers of the Constitution*, um simples exame perfunctório da série de leis fundamentais que compunham a constituição da Inglaterra demonstrava que os três poderes do Estado não eram inteiramente distintos e separados. O problema não está na interferência de um poder sobre o outro, mas sim na influência preponderante de apenas um poder. O grau de separação entre os poderes é essencial para um governo livre. Nesse sentido, a concentração de poderes aludida por Montesquieu se refere à acumulação de funções, em toda sua plenitude, em uma só mão. Em consequência, todos os princípios de um governo livre ficariam subvertidos em leis tirânicas, *tiranicamente executadas*.

Com efeito, em um primeiro momento, os autores da Constituição estadunidense preocuparam-se, sobretudo, com o perigo da concentração de poder nas mãos de uma só pessoa. E, por essa razão, não desejavam um poder executivo monárquico²²³. Nesse sentido, os americanos se distanciaram dos ensinamentos de Montesquieu, para quem o poder executivo deveria permanecer nas mãos de um monarca.²²⁴ Na realidade, a aversão norte-americana à monarquia é compreendida a partir do contexto histórico e cultural do processo de independência. Como súditos do rei George III, a população das treze colônias britânicas originais não confiava no governo central que controlava a vida dessas pessoas a partir do *além-mar*.²²⁵ Com efeito, as imposições fiscais, somadas às medidas de caráter repressivo, levadas a efeito pelas tropas britânicas nas colônias e a influência dos ideais iluministas foram responsáveis pela organização de vários movimentos de protestos e principalmente

²²² MADISON, James. Debates on the adoption of the Federal Constitution. *In the convention held at Philadelphia in 1787: with a diary of the debates of the congress of the confederation*. Philadelphia: J. B. Lippincott, 1891, p. 299.

²²³ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. **Estados Unidos: da república à democracia**: como a arquitetura Madisoniana, de sua origem aos tempos atuais, representa mais que uma diferença entre grego e latim. Monografia. Brasília: UniCEUB, 2007 (distribuição interna).

²²⁴ “O poder executivo deve permanecer nas mãos de um monarca porque esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação momentânea, é melhor administrada por um do que por muitos: ao passo que o que depende do poder legislativo é, amiúde, mais bem ordenado por muitos do que por um só.” MONTESQUIEU, Charles Loius de Secondat, Baron de la Brède et de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 191.

²²⁵ JANDA, Kenneth. Pluralismo e democracia. **Jornal USA**. Departamento de Estado dos Estados Unidos, junho de 2006, p. 12.

de boicotes aos produtos ingleses e ao mesmo tempo, pelo início do movimento de independência, culminando com a constituição americana em 1787.²²⁶

De certo, uma compreensão mais adequada da experiência estadunidense nos remete à obra *A Democracia na América*, de Tocqueville, que, ao descrever, em minuciosa interpretação, os princípios organizadores da sociedade americana desde suas origens até as primeiras décadas do século XIX, inspirou uma vasta gama de autores. Uma primeira questão evidente é a lógica da igualdade entre os indivíduos e o papel do Estado de Direito, assim:

“Como, nas eras de igualdade, ninguém é obrigado a emprestar sua força a seu semelhante e como ninguém tem o direito de esperar de seu semelhante grande apoio, cada um é ao mesmo tempo independente e fraco. Esses dois estados, que não se deve considerar separadamente nem confundir, dão ao cidadão das democracias instintos bem antagônicos. Sua independência o enche de confiança e de orgulho entre seus iguais, e sua debilidade lhe faz sentir, de vez em quando, a necessidade de um socorro alheio que não pode esperar de nenhum deles, pois são todos impotentes e frios”.²²⁷

O *socorro alheio* é a própria ideia da influência das leis e da consolidação de hábitos e costumes democráticos. Com efeito, a igualdade, é o elemento estruturante da *nova sociedade*. E, como princípio, impõe às instituições a necessidade de formalizá-la através da adoção de alguns princípios gerais, de origem republicana, como “a intervenção do povo nas coisas públicas, o voto livre do imposto, a responsabilidade dos agentes do poder, a liberdade individual e o julgamento por júri”.²²⁸ Nesse sentido, as instituições democráticas-republicanas na América do Norte, a partir do desafio se preservar a igualdade contra a tirania, promoveu uma profunda reflexão sobre mecanismo de compensações, dentre eles, a prática do *check and balance*. Em verdade o *balance* advém da experiência inglesa, como forma de equilibrar a atuação da Casa dos Comuns no Parlamento. Esse mecanismo funcionava da seguinte forma: a Câmara dos Lordes fazia uma avaliação das leis provenientes da Câmara dos Comuns, a fim de se evitar a aprovação de leis demagogas,

²²⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The road to independence. **Outline of U.S. History**. Novembro de 2005. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/products/pubs/historyotln/road.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2007.

²²⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. São Paulo, Martins Fontes, 2005. Livro II, p. 364.

²²⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. São Paulo, Martins Fontes, 2005. Livro I, p. 47.

formuladas a partir de impulsos momentâneos de pressões populares.²²⁹ Já a doutrina dos freios e contrapesos foi aperfeiçoada pelo constitucionalismo norte-americano. A ideia de *Check* apoia-se sobretudo, na doutrina do *Judicial Review* ao consagrar a importância do controle do poder judiciário contra os abusos operados pelas demais esferas. Nesse sentido, o *leading case Marbury e Madison* em 1803 sob a presidência do *Chief Justice Marshall* representa um papel importante ao instituir o precedente através do qual o Poder Judiciário deixa de aplicar uma lei contrária à constituição, reafirmando assim o princípio da supremacia da Constituição, reconhecido expressamente pela jurisdição constitucional estadunidenses.²³⁰

A toda evidência a evolução da separação de poderes não se esgota na experiência norte-americana. Podemos retratar, por exemplos, a importância da organização política liberal francesa, materializada no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como as teorias contemporâneas do cientista político Georges Burdeau na França e, na área do Direito, as contribuições de Karl Loewenstein, e Bruce Ackerman.²³¹

Loewenstein alerta para o fato de que o poder político era qualificado conforme o tipo de governo e em função de seus instrumentos institucionais. Entretanto, referida análise era limitada por não circunscrever a prática dinâmica das instituições sócio-políticas. E, cada vez mais o poder deve ser tomado a partir da infraestrutura dinâmica das instituições

²²⁹ GARVEY, John. ALEINTKOFF, T. Alexander. **Modern constitutional theory**. Saint Paul: West Publishing, 1991, p. 238.

²³⁰ Estados Unidos. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). No caso, o secretário de justiça do governo de Jefferson, James Madison, negou-se a expedir o ato de nomeação como juiz de paz do distrito de Columbia de William Marbury, que havia sido designado por John Adams nos últimos dias de seu mandato presidencial. Madison impetrou *writ* perante a Suprema Corte americana que, receosa do provável descumprimento pelo Executivo na hipótese de sentença favorável, indefere o writ, não com base no argumento da questão política, mas com fundamento na inconstitucionalidade da cláusula da Lei Judiciária Federal que atribuiu à Suprema Corte competência originária para expedir os writs of mandamus contra funcionários do Estado. Entendeu a Corte que a lei ordinária não poderia alterar competências conformadas pela Constituição e que a matéria, portanto, só poderia ser examinada em grau de recurso. Esse é o principal argumento da decisão, que afirmará a supremacia da Constituição e o conseqüente fundamento do controle de constitucionalidade das leis. Com a decisão pelo indeferimento, o Tribunal evita o confronto direto com o Executivo, ao mesmo tempo em que fortalece o Poder Judiciário ao afirmar a possibilidade de invalidação judicial de atos do legislativo e executivo por afronta à Constituição. WOOD, Gordon. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less. In *Washington and Lee Law Review*, 1999, 56, 3, Academic Research Library, p. 787-809.

²³¹ “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” SÉNAT. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em <http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em 09 jul. 2014.

sociopolíticas. Para o autor, o poder político é perceptível, observável, explicável e avaliável apenas pelas suas manifestações externas e realizações.²³² Assim para compreender a natureza do poder político é necessário voltar-se para sua assunção, execução e controle. Quanto a esse último aspecto, as limitações do poder configura a essência do Estado Constitucional.²³³ No que concerne ao papel da jurisdição constitucional, Loewenstein defende que as Cortes não devem ser confinadas ao papel de aplicar as leis aos casos concretos, mas em especial desempenham a função de invalidar a legislação aprovada pelo parlamento e *endossada* pelo governo, através do exercício do controle de constitucionalidade das leis.²³⁴

A teoria contemporânea de separação dos poderes ou *nova separação de poderes* é desenvolvida por Ackerman através de uma crítica ao modelo de Westminster e Washington como *fórmulas bondosas* de exportação. A proposta de autor centraliza-se em um outro modelo: o parlamentarismo limitado. Nesse sistema, a Corte Constitucional possui um protagonismo expressivo ao funcionar como uma limitação contra a autoridade legislativa. Assim, sem a operacionalização de um *Judicial Review*, a maioria parlamentar *reinante* terá estímulos massivos para ignorar ações prévias da soberania popular, sempre que lhe for conveniente. Com efeito, somente uma corte constitucional forte pode fazer como que as pessoas possam dar ordem a seus representantes e que estes possam obedecer.²³⁵

A separação dos poderes consagrada constitucionalmente não opera na atualidade em *perfeita* harmonia, se é que em algum momento isso foi possível. Ocorre que, “nossos textos legais não vieram do Olimpo, nem de seus arredores”.²³⁶ A experiência demonstra que o instituto da *divisão* dos poderes, na verdade, coexiste com a interferência necessária contra o arbítrio da maioria desenfreada, porém limitada ao *Rule of Law*, para que não se

²³² LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. Chicago&London: The University of Chicago Press, 1957, p. 4-5.

²³³ LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. Chicago&London: The University of Chicago Press, 1957, p. 4-5.

²³⁴ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Barcelona: Ariel, 1970, p. 8.

²³⁵ ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Prefácio. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Revisão da tradução: Nívia Mônica da Silva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 41-43. ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

²³⁶ SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Processo legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

converta em um *governo de juízes*. Com efeito, “um judiciário politicamente fraco não estará a altura da missão constitucional de defender o povo contra a usurpação do poder, que redundará na ditadura e na tirania”. E, da mesma forma, “se o povo não prestigiar o judiciário recorrendo-se a ele para manter o equilíbrio do poder, haverá um desequilíbrio na República”.²³⁷

Com feito, a considerar a jurisdição constitucional como garantidora da ordem republicana, importa verificar que, sob a égide de uma democracia, não deve existir a supremacia de um poder sobre o outro. Para Bigonha e Moreira, o esvaziamento do Parlamento no que concerne ao silêncio intencional de questões tormentosas e a *judicialização da vida* são ingredientes para uma revisão do modelo tradicional de separação de poderes.²³⁸

Nesse sentido, há que se repensar a imunidade dos atos parlamentares decorrentes do Princípio da soberania do Parlamento e a doutrina das questões políticas. Como conquistas históricas representam um marco fundamental do processo de controle dos governos *tirânicos*, como observado por Tocqueville, “quando os parlamentos são abolidos, o mesmo público que tão frequentemente tivera de suportar seus preconceitos, comove-se profundamente ao vê-los cair”. E, prossegue em lírica descrição, “parecia que com eles caía a última barreira que ainda podia conter a arbitrariedade régia”.²³⁹ Contudo, a onipotência parlamentar também poderia se converter em uma concentração excessiva de poderes. A criação de uma instituição desvinculada do governo e do parlamento é um fator determinante para as modernas democracias. Para Kelsen “é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo. A legislação é subordinada a Constituição”.²⁴⁰ Na contemporaneidade, em certa medida, a intocabilidade do parlamento pode revestir-se de uma *ideologia*, uma espécie de *distopia* para esconder a realidade conflitiva do cenário político.

²³⁷ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos (check and balances)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 18.

²³⁸ Prefácio a ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Prefácio. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Revisão da tradução: Nívia Mônica da Silva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

²³⁹ TOCQUEVILLE, Alexis. **O antigo regime e a revolução**. Organizado por J.P. Mayer. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 183.

²⁴⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

De certo é temerosa a *intervenção* do judiciário nos atos dos parlamentos em contextos em que a própria história do parlamento se confunde com a tradição constitucional, como é o caso da experiência britânica. E, especialmente sobre esse aspecto, cumpre revistar esse contexto. Para Dicey, no constitucionalismo britânico, o princípio da supremacia do parlamento tem como dogma o fato de que “nenhuma pessoa ou entidade é reconhecida pela lei da Inglaterra como tendo o direito de cancelar ou anular a legislação do Parlamento”.²⁴¹ Nesse sentido, *Parlamento* significa, o Rei, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns. Estes três organismos, que atuam em conjunto, podem ser adequadamente descrito como o *Rei no Parlamento* (*King in Parliament*) e constituem o próprio conceito de Parlamento. Nesse sentido, o princípio da soberania parlamentar significa que o Parlamento tem o direito de fazer ou desfazer qualquer lei que queira e, ainda, que nenhuma pessoa ou entidade é reconhecida pela lei da Inglaterra como tendo o direito de anular ou revogar a legislação do Parlamento.²⁴²

A doutrina da supremacia parlamentar pode ser resumida em três pontos: i) O Parlamento pode fazer leis sobre qualquer assunto; ii) nenhum Parlamento pode vincular um Parlamento futuro (ou seja, ele não pode passar uma lei que não pode ser alterado ou revertida por um futuro Parlamento); iii) A Lei válida do Parlamento não pode ser questionada pelo tribunal. O Parlamento é o legislador *supremo*.²⁴³ Em outros termos, soberania parlamentar é um princípio da Constituição do Reino Unido. Constitui o Parlamento como a autoridade legal suprema do Reino Unido, podendo criar ou extinguir com qualquer lei. Os tribunais não podem ignorar a sua legislação e nenhum Parlamento pode aprovar leis que os Parlamentos futuros não possam mudar. Soberania parlamentar é a parte mais importante da constituição do Reino Unido. Superficialmente passa-se a imagem que o Reino Unido com um modelo de Estado que possui uma *constituição não escrita* (*unwritten Constitution*), o que não é realmente verdade. Ela pode não existir em um único texto, como nos EUA ou na Alemanha, mas grande parte dela está escrita nas leis aprovadas

²⁴¹ DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the Constitution**. London: Macmillan and Co. Limited & St. Martins Press, 1915.

²⁴² DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the Constitution**. London: Macmillan and Co. Limited & St. Martins Press, 1915.

²⁴³ DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the Constitution**. London: Macmillan and Co. Limited & St. Martins Press, 1915.

pelo Parlamento, conhecidas como leis estatutárias (*Statute Law*). Portanto, a Constituição do Reino Unido é frequentemente descrita como "parcialmente escrita e totalmente não codificada". Ao longo dos anos, o Parlamento aprovou leis que limitam a aplicação da soberania parlamentar. Essas leis refletem desenvolvimentos políticos interno e externo ao Reino Unido. Em linhas gerais incluem: i) A devolução do poder aos órgãos como o Parlamento escocês e a Assembleia galês; ii) A Lei dos Direitos Humanos de 1998; iii) A entrada do Reino Unido na União Europeia em 1972; iv) A decisão de se estabelecer uma Suprema Corte do Reino Unido em 2009, que extingue com a função da Câmara dos Lordes como supremo tribunal de recursos do Reino Unido. Estes desenvolvimentos não enfraquecem fundamentalmente o princípio da soberania parlamentar, uma vez que, pelo menos em teoria, o Parlamento pode revogar a qualquer uma das leis de implementação dessas mudanças.”²⁴⁴

Com efeito, da complexa experiência britânica aponta-se um caso emblemático que foi julgado pelo *Chief justice* Edward Coke da *Court of Common Pleas* da Inglaterra em 1610.²⁴⁵ Trata-se do *Dr. Bonham's Case versus Royal College of Physicians*. Em síntese: Bonham era um médico graduado pela Universidade de Cambridge. Contudo, sem a licença para clinicar foi notificado pelo *Royal College of Physicians* a pagar uma multa em razão da prática desautorizada. O médico ignorou o comando e continuou a exercer a prática da medicina na cidade de Londres. Diante dessa conduta, o *Royal College of Physicians* determinou a prisão de Bonham. A princípio, tratava-se de uma prisão legal, uma vez que o *Royal College of Physicians* agiu com poderes que lhes foram concedidos pelo Rei e confirmados pelo Parlamento (por meio da aprovação de um *Statute*). Na perspectiva de

²⁴⁴ PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY. **Parlamento do Reino Unido e soberania parlamentar**. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/about/how/sovereignty/>>. Acesso em: 09 jul. 2014.

²⁴⁵ “Coke was born in 1552 in Mileham, Norfolk, an eastern, mainly puritan country town of England. He studied at Cambridge, became an influential and wealthy lawyer, served Elizabeth I as Attorney General, and served James I as Chief Justice successively of the two law courts, the Court of Common Pleas and the Court of King's Bench. He opposed the King's interference in judicial affairs and was removed, although he stayed a royal adviser for many years. He entered Parliament and fostered the Petition of Right, a forerunner of the Bills of Rights in England and the United States. Coke's influence was great at a pivotal moment in English and American history. Teetering at the end of the 1500s, the Tudor England of which Coke wrote and in which he was the master lawyer had seen the end of the feudal order and the dawn of the commercial age.” ONLINE LIBRARY OF LIBERTY. Sir Edward Coke. **The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke**. Ed. Steve Sheppard. Indianapolis: Liberty Fund, 2003. V. 1. 18/12/2014. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/911>>.

Bonham, um médico graduado por uma das universidades mais antigas do país prescindia da autorização de um conselho privado para exercer sua profissão. O caso chegou à *Court of Common Pleas* na presidência de Edward Coke. A Corte julgou favorável o pedido de Bonham. Coke fundamentou seu voto, sobretudo aos argumentos de que: i) o encarceramento não é pena própria a ser imposta à conduta de um médico não licenciado. Se o médico não causou dano a nenhum paciente, não deveria ser punido com prisão; ii) uma vez que o *Royal College of Physicians* recebia as verbas referentes a metade do valor das multas que aplicava, não poderia o próprio *College* desempenhar a função de impor essa penalidade, uma vez que seus membros estariam agindo com juízes em causa própria ao aplicar a sanção.²⁴⁶ Com efeito, seria esse julgado um marco da possibilidade de revisão judicial sobre a legislação?

Em linhas gerais, Coke inseriu o Judiciário no meio do que estava a se tornar uma luta titânica pelo poder entre o Parlamento e o Governo na Inglaterra. Apesar da crescente popularidade e importância do Parlamento durante os séculos XV e XVI, o poder autocrático da monarquia, que o Rei James I (1603-1625) possuía, era considerado como *de origem divina*, o que incluía a prerrogativa de aprovar leis sem o consentimento parlamentar. Até o final do século XVII, no entanto, o pêndulo do poder tinha balançado em favor do Parlamento. A Revolução Gloriosa de 1688 subordinou o poder da Coroa Inglesa à soberania parlamentar. Em 1765, William Blackstone, descreveu o poder do Parlamento para fazer leis na Inglaterra, como *absoluto, despótico e sem controle*. A Revolução Americana, que começou 11 anos após o pronunciamento do Parlamento de poder irrestrito de Blackstone, foi iniciada em resposta à legislação coercitiva que se passou nas colônias pelo o que havia se tornado um Parlamento despótico. Thomas Jefferson, James Madison, e seus contemporâneos acreditavam que um déspota legislativo não era melhor do que um déspota monárquico.²⁴⁷

²⁴⁶ ONLINE LIBRARY OF LIBERTY. Sir Edward Coke. **The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke**. Ed. Steve Sheppard. Indianapolis: Liberty Fund, 2003. V. 1. 18/12/2014. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/911>>. p. 264-284. HELMOLZ. R. H. Bonham's case, judicial review, and law in nature. In **Journal of Legal Analysis**. V. 1, nº 1, 2209, p. 326.

²⁴⁷ ONLINE LIBRARY OF LIBERTY. Sir Edward Coke. **The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke**. Ed. Steve Sheppard. Indianapolis: Liberty Fund, 2003. V. 1. 18/12/2014. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/911>>. p. 264-284.

Sérgio Victor após um exame minucioso do caso Dr. Bonham e da respectiva literatura de apoio rompe com o ideário de que essa decisão foi a gênese do controle judicial de constitucionalidade sobre os atos do Parlamento. Na verdade, o caso julgado por Coke é importante por demonstrar no contexto político da época a tensão entre *gubernaculum* e *jurisdictio*. E, a interpretação mais adequada que se tem do caso em tela é aquela em que se afirma que Coke “apenas exerceu o poder de interpretação típico dos juízes do sistema do *common law* influenciados por princípios do direito natural”.²⁴⁸

Na contemporaneidade um número significativo de autores amplia a discussão sobre a necessidade de *reinventar o governo inglês* e o próprio sentido da soberania dos atos do Parlamento.²⁴⁹

A forte tradição da intocabilidade dos atos do Parlamento encontra um equilíbrio na própria prática Republicana. Assim, a supremacia do Parlamento é relativizada pela supremacia da Constituição (*Rule of Law*). A Suprema Corte norte americana no julgamento do *leading case Powell x Mac Komack* em 1969, entendeu que “o propósito da proteção deferida aos legisladores não é impeditiva da revisão judicial da ação legislativa”.²⁵⁰ Para Reale “impossível é reconhecer o primado do Poder Legislativo, pois função legislativa e poder legiferante não coincidem, sendo a lei geralmente o resultado de uma colaboração harmônica de poderes”. Reconhece ainda “que poucos se mantêm apegados ao dogma da divisão de poderes”. A história constitucional demonstra que essa *separação* é antes de tudo um *valor pragmático* de distribuição das funções do Estado. Na atualidade, observa-se a *permeabilidade dos três poderes* de maneira que não se distingue rigorosamente o Executivo, o legislativo e o Judiciário.²⁵¹ Com efeito, a tese Hegeliana no que concerne a

²⁴⁸ “[...] A posição desse estudo é no sentido de que o Juiz Coke apenas propôs uma interpretação sistemática do direito de seu tempo, nos moldes próprios de sua época, que não admitia a superioridade da Magna Carta sobre o restante do direito e que sequer vislumbrava qualquer reforma do *judicial review*.” VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese apresentada ao programa de Doutorado em Direito do Estado na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

²⁴⁹ RIDLEY, F.F. *Reinventing British Government*. In *Parliamentary affairs: A journal of comparative politics*. Oxford University Press, vol. 48, nº 3, July, 1995.

²⁵⁰ TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. USA: Foundation Press, 1988, p. 374. Sem perder de vista a importância do emblemático caso *Marbury x Madison* de 1803.

²⁵¹ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 352-353. Ressalta-se que a expressão *permeabilidade dos três poderes* é de Polacco citado por Reale na obra em referência.

separação dos poderes poder ser melhor compreendida à luz dessas constatações. Assim, para Hegel a *interdependência orgânica* dos poderes é possível em um Estado compreendido como um organismo vivo e articulado, não um Estado abstrato. No *Estado político* a palavra divisão não é a melhor expressão para designar esse mecanismo, uma vez que remete a uma rigorosa ideia de repartição.²⁵²

De fato, a interdependência orgânica dos poderes compõe as páginas do moderno constitucionalismo e constituem um marco para refletir sobre a experiência brasileira. É o que se passar a fazer em seguida.

1.6 Constitucionalismo brasileiro e o Princípio Republicano

“[...] O regime da federação, baseado, portanto, na independência recíproca das províncias, elevando-as à categoria de Estados próprios, unicamente ligados pelo vínculo da mesma nacionalidade e da solidariedade dos grandes interesses de representação e da defesa exterior, é aquele que adotamos no nosso programa, como sendo o único capaz de manter a comunhão da família brasileira.[...] Fortalecidos, pois, pelo nosso direito e pela nossa consciência, apresentamo-nos perante os nossos concidadãos, arvorando resolutamente a bandeira do partido republicano federativo. Somos da América e queremos ser americanos. [...] Perante a Europa passamos por ser uma democracia monárquica que não inspira simpatia nem provoca adesão. Perante a América passamos por ser uma democracia monarquizada, aonde o instinto e a força do povo não podem preponderar ante o arbítrio e a onipotência do soberano. Em tais condições pode o Brasil considerar-se um país isolado, não só no seio da América, mas no seio do mundo. O nosso esforço dirige-se a suprimir este estado de coisas, pondo-nos em contato fraternal com todos os povos, e em solidariedade democrática com o continente de que fazemos parte.”²⁵³

²⁵² HEGEL, G.W.F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

²⁵³ Manifesto Republicano de 1870. “Trata-se de uma declaração publicada 29 anos antes de proclamação da República, pelos membros dissidentes do Partido Liberal, liderados por Quintino Bocaiúva e Joaquim Saldanha

A evolução do constitucionalismo brasileiro é marcada com o advento da *Primeira República* proclamada em 15 de novembro de 1889, também denominada de *República Velha* ou *República da Espada*.²⁵⁴ Antes, porém, nosso modelo institucional insculpido na Constituição do Império de 1824, albergava o *Poder Moderador* como chave de toda a organização política. De fato, o imperador como *Chefe Supremo da Nação* e *Primeiro representante* era o titular da manutenção de equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos.²⁵⁵ No exercício de suas atividades políticas possuía competência nos termos do art. 101 da Constituição do Império para: i) a nomeação dos Senadores, ii) Convocar a Assembleia Geral extraordinariamente nos intervalos das Sessões, quando assim o pede o bem do Império; iii) Sancionar os Decretos, e Resoluções da Assembleia Geral, para que tivessem força de Lei; iv) Aprovar e suspender inteiramente as Resoluções dos Conselhos Provinciais; v) Prorrogar, ou adiar a Assembleia Geral; dissolver a Câmara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra, que a substituísse; vi) Nomear, e demitir livremente os Ministros de Estado; vii) Suspender os Magistrados (consoante o disposto em seu art. 154);²⁵⁶ viii) Perdoar e moderar as penas

Marinho. Decidiu-se formar um Clube Republicano no Rio de Janeiro, com o ideário de derrubar da Monarquia e estabelecer a República. O manifesto veio a público em 03.12.1870, no primeiro número do periódico “A República” no Rio de Janeiro. Com colaboração e redação de Quintino Bocaiúva, Aristides Lobo, Salvador de Mendonça, Lafayette Rodrigues Ferreira, e Luiz Barbosa da Silva, entre outros. Este último tornou-se o seu redator principal e proprietário em agosto de 1871. [...] O eclético grupo que assinou o manifesto, influenciou os membros reunidos na Convenção de Itu (1873), quando foi fundado o Partido Republicano Paulista (PRP).” Cf. BARATA, Carlos Eduardo de Almeida. In Américo Brasiliense de Almeida e Melo. **Os programas dos partidos e o segundo Império**: primeira parte. Exposição de princípios. São Paulo: Tip. Jorge Seckler, 1878, p. 59-85.

²⁵⁴ A preparação para o golpe é narrada na visão de Gomes: “Às onze horas da noite de 6 de novembro [...] um grupo de militares havia se reunido na casa do tenente-coronel Benjamin Constant Botelho de Magalhães. [...] A certa altura, porém, Benjamin Constant mostrou-se preocupado com destino do imperador Pedro II: - o que devemos fazer do nosso imperador? (perguntou). Fez-se um minuto de silêncio, quebrado pelo Alferes Joaquim Inácio: - Exila-se – propôs. – Mas se resistir? – insistiu Benjamin. – Fuzila-se! – sentenciou Joaquim Inácio. Benjamin assustou-se como tamanho sangue frio: - Oh, o senhor é sanguinário! Ao contrário, devemos rodeá-lo de todas as garantias e considerações, porque é um nosso patrício muito digno. [...] Para fortuna de Dom Pedro II, no dia 15 de novembro haveria de prevalecer a posição de Benjamim.” GOMES, Laurentino. **1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e proclamação da República no Brasil**. São Paulo: Globo, 2013, p. 43.

²⁵⁵ “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade algum. Art. 100. Os seus Títulos são “Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brasil” e tem o Tratamento de Majestade Imperial.” BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (1824)**. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, promulgada em 25 de março de 1824.

²⁵⁶ “Art. 154. O Imperador poderá suspender-los por queixas contra elles feitas, precedendo audiência dos mesmos Juizes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes,

impostas ao réus condenados por sentença; ix) Conceder anistia em caso urgente e que assim aconselhem a humanidade e o bem do Estado.²⁵⁷ Para Vasconcelos, o Poder Moderador no Brasil Império representava o arquétipo do *mediador neutro* e puramente moderador, capaz de resolver os conflitos entre os três poderes instituídos e também entre as facções políticas, conforme a descrição da teoria política de Benjamin Constant.²⁵⁸ Em sentido contrário, para Bonavides e Andrade, o poder moderador conforme constatava de nossa constituição era o oposto da doutrina de Montesquieu, assim como a de Constant para quem o poder neutro seria o próprio poder judiciário. Nesse sentido, a poder moderador na Carta do Império era literalmente a *constitucionalização do absolutismo* e, portanto, era compreensível *esconjurá-lo*.²⁵⁹ Em verdade, o consenso entre a doutrina repousa no fato de que a missão de manter a independência, equilíbrio e harmonia dos poderes não era característica de apenas um deles, mas sim destino de todos.

A Constituição do Império, em seu art. 178, declara ser constitucional apenas os limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo o que não fosse Constitucional poderia ser alterado sem as formalidades referidas pelas Legislaturas ordinárias.²⁶⁰ Diante dessa norma, José Afonso da Silva classifica referida constituição como *semirrígida*, por conter uma parte rígida relativa às garantias constitucional e outra parte flexível em que as alterações de conteúdo não estariam sujeitas ao processo, formalidades e exigência contidas para a feitura de leis.²⁶¹ Este contexto de atuação do Poder Moderador, funcionando como um a suprema inspeção dos demais poderes, não era um ambiente propício para o surgimento da Jurisdição Constitucional. Ademais, só cabia a ele o controle de constitucionalidade, que em certo, sentido era

serão remetidos á Relação do respectivo Distrito, para proceder na forma da Lei". BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (1824)**. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, promulgada em 25 de março de 1824.

²⁵⁷ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (1824)**. Artigo 101. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, promulgada em 25 de março de 1824.

²⁵⁸ VASCONCELOS, Zacarias Goes e. **Natureza e limites do Poder Moderador**. Brasília: Senado Federal, 1978. p. 28.

²⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB editora, 2008, p. 106.

²⁶⁰ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (1824)**. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, promulgada em 25 de março de 1824.

²⁶¹ SILVA, José Afonso da Silva. **Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Número 60/61, Jan./Jul, 1985, p. 506.

realizado de forma preventiva, ao negar sanção a projetos de leis ou suspender as resoluções dos conselhos provinciais.²⁶²

Com proclamação da República e a instituição da *federação* sob a influência do modelo constitucional estadunidense, o Brasil introduz as regras básicas para o controle de constitucionalidade americano ou difuso.²⁶³ Seguindo a tradição romano germânica, o controle da constitucionalidade resultou de expressa disposição constitucional, ao passo que nos Estados Unidos deflui da construção da jurisprudência da Suprema Corte.²⁶⁴

A criação do Supremo Tribunal Federal remonta à instalação do *Supremo Tribunal de Justiça*, integrado por 17 juízes, em 9 de janeiro de 1829, na Cidade do Rio de Janeiro, tendo subsistido até 27 de fevereiro de 1891. Em verdade, a denominação *Supremo Tribunal Federal* foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, responsável pela organização da justiça federal.²⁶⁵ A importância do Supremo Tribunal Federal no desenvolvimento da história republicana brasileira é recordada por Baracho ao

²⁶² BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 28. SILVA, José Afonso da Silva. **Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Número 60/61, Jan./Jul, 1985, p. 507.

²⁶³ Com efeito, cumpre destacar que a Constituição Federal dos Estados Unidos não faz menção expressa a um controle de constitucionalidade das leis confiada a um tribunal. Trata-se de uma construção jurisprudencial, conforme explica Leda Boechat: “A grande Convenção Federal reunida em Filadélfia, cidade de 40.000 habitantes para rever os artigos da confederação, aprovou em vez disso, a 17 de setembro de 1787, a Constituição dos Estados Unidos da América, construída, segundo as palavras de James Madison, para todos os tempos. Antigos leitores do Espírito das Leis de Montesquieu, adotaram os convencionais um esquema de governo baseado nos princípios da separação e equilíbrio dos três poderes: O executivo, legislativo e judiciário. Adotaram ainda, a forma republicana federativa, tudo em termos muito sucintos e breves, deixando largos espaços abertos a serem preenchidos pela imagem criadora americana no futuro. A extrema dificuldade do processo de reforma constitucional (aprovação pelo Congresso e ratificação por dois terços dos Estados) fez com que essa lacuna e ambiguidades fossem preenchidas menos por intermédio de emendas constitucionais do que pela ação do próprio povo e do Poder Executivo, pela faculdade de legislar do Congresso e pela interpretação judicial. Essa última ajudada pelo poder que desde 1803 se atribuiu a Suprema Corte de declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos executivos.” RODRIGUES, Leda Boechat. *A Suprema Corte dos Estados Unidos e sua Contribuição ao Direito Constitucional Brasileiro*. In **O poder Judiciário e a Constituição**. Porto Alegre: Coleção AJURIS 4, 1977, p. 187.

²⁶⁴ MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das Constituições rígidas**. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 157.

²⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Histórico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 21 nov. 2014. Cf. RODRIGUES, Leda B. *História do Supremo Tribunal Federal*. v. I. Defesa das Liberdades Cívicas (1891-1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. Ainda sobre a origem e as várias denominações do Órgão de Cúpula do Poder Judiciário Brasileiro cumpre se reportar à leitura de: MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal** (Império e República). Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014.

reconhecer o papel do Tribunal como decisivo para o equilíbrio e a regularidade da própria independência dos outros Poderes.²⁶⁶ Com efeito, consta da exposição de motivos do Decreto nº 848, de 11 de Outubro de 1890:

“[...] A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, si ela lhe parecer conforme ou contraria á lei orgânica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si elas são conformes ou não á Constituição, e neste último caso cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. **Por este engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa.** É a vontade absoluta das assembleias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se hão extinguido as doutrinas do arbítrio soberano do poder executivo. A função do liberalismo no passado, diz um eminente pensador inglês, foi opor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na época atual é opor um limite ao poder ilimitado dos parlamentos. Essa missão histórica incumbe, sem dúvida, ao poder judiciário, tal como o arquitetam poucos contemporâneos e se acha consagrado no presente decreto. [...] **De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo afim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão.** É por isso que na grande União Americana com razão se considera o poder judiciário como a pedra angular do edifício federal e o único capaz de defender com eficácia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo da sua real soberania desfazem-se os erros legislativos e são entregues à austeridade da lei os crimes dos depositários do poder executivo.” [...] (Grifos nossos).²⁶⁷

O controle de constitucionalidade das leis, consta do artigo 60 da Constituição da República dos Estados Unidos de Brasil promulgada em 24 de fevereiro de 1891, *pelos representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte*.²⁶⁸ A instalação do

²⁶⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição**. São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1979, p. 92.

²⁶⁷ CAMPOS SALLES, M. Ferraz de. **Exposição de motivos do Decreto nº 848, de 11 de Outubro de 1890**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>>. Acesso em 21 nov. 2014.

²⁶⁸ “Art 60: Aos juízes e Tribunais Fenderas: processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926); b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo; (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926); c) as causas provenientes de compensações,

Supremo Tribunal Federal ocorreu em 28 de fevereiro de 1891, conforme estabelecido no Decreto n.º 1, de 26 do mesmo mês. Em sua composição contava com quinze Juízes, nomeados pelo Presidente da República com posterior aprovação do Senado.

Diante desse cenário institucional, pergunta-se: Em que os *ideais republicanos* influenciaram o constitucionalismo brasileiro? Em verdade, os discursos republicanos, diante da realidade social, transformaram-se em *promessas não cumpridas*. A República foi estabelecida por um golpe militar e nasceu *descolada* das ruas”.²⁶⁹ Na prática, a adoção do presidencialismo e do federalismo como forma organizativa do Estado foi responsável também por acarretar políticas de alianças para a ocupação da presidência e em configurar uma liberdade política aos governadores dos estados da Federação.”²⁷⁰ Em linhas gerais, a adoção do federalismo e a repartição de competências entre os entes da federação provocou calorosos debates na sessão constituinte da Primeira República, Rui Barbosa enquanto defensor de um federalismo moderado, em discurso na sessão de 16 de dezembro de 1890, recomendava que “se os estados não pudessem viver federativamente, sem

reivindicações, indenização de prejuízos, ou quaisquer outras, propostas pelo Governo da União contra particulares ou vice-versa; (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926); d) os litígios entre um Estado e habitantes de outro; (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926); e) os pleitos entre Estados estrangeiros e cidadãos brasileiros; (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926); f) as ações movidas por estrangeiros e fundadas, quer em contratos com o Governo da União, quer em convenções ou tratados da União com outras nações; (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926); g) as questões de direito marítimo e navegação, assim no oceano como nos rios e lagos do país; (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926); h) os crimes políticos. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926); § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926); a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis fenderas em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação; (Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926); b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis fenderas, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas; (Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926). BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 16 jun. 2014.

²⁶⁹ GOMES, Laurentino. **1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e proclamação da República no Brasil**. São Paulo: Globo, 2013, p. 19.

²⁷⁰ “O período foi marcado por conflitos com destaque para o ano de 1893, com a *Revolução Federalista*, no Rio Grande do Sul, e a *Revolta da Armada*, no Rio de Janeiro. Referidos movimentos foram contidas e a estrutura do Estado Federado foi preservada, possibilitando a transição para o poder civil. Assim, através de eleições diretas em 1894, assumiu o presidente Prudente de Moraes como o primeiro presidente civil. Essa eleição marca o início da alternância entre representantes das oligarquias rurais do sudeste brasileiro até 1930.” FAUSTO, Boris. **História do Brasil**: cobre um período de mais de quinhentos anos, desde as raízes da colonização portuguesa até nossos dias. São Paulo: Ed. USP, 1996.

absorver elementos de renda indispensáveis aos compromissos do Tesouro Nacional, nesses casos os ensaios de federalismo seriam prematuros e vãos”.²⁷¹

Com efeito, a Primeira República representa a expressão política de um *pacto liberal oligárquico*. O texto de 1891, em termos jurídicos, consagra a *erudição liberal*, em termos constitucionais, especificamente adota a fórmula da separação de poderes como um marco das constituições do liberalismo. Contudo, a experiência brasileira, ao remover do país a *sombra incomoda* de um poder moderador de *caprichosas intervenções*, cedeu lugar à autoridade presidencial, resvalando-se para a ditadura de um só poder, ora manifesta, ora disfarçada. O *presidencialismo onipotente* representava um monarca, eletivo a cada quadriênio, por *sufrágio manipulado* nesse espaço de *participação inautêntica* no contexto de um fosso social entre o povo e as oligarquias.²⁷²

Fruto da revolução de 1930, que pôs fim à República Velha²⁷³ e do movimento Constitucionalista de 1932,²⁷⁴ a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934, deu preeminência aos direitos sociais e contribuiu para a formação do *Estado Social* Brasileiro.²⁷⁵ Uma conquista fundamental no campo jurídico deu-se pela

²⁷¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Anais da Constituinte**, V. I, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890, p. 26. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/6>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

²⁷² BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB editora, 2008, p.260. Sobre o contexto ver: LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: O município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

²⁷³ “A revolução de 1930 foi o movimento armado iniciado no dia 3 de outubro de 1930, sob a liderança civil de Getúlio Vargas e sob a chefia militar do tenente-coronel Pedro Aurélio de Góis Monteiro, com o objetivo imediato de derrubar o governo de Washington Luís e impedir a posse de Júlio Prestes, eleito presidente da República em 1º de março anterior. O movimento tornou-se vitorioso em 24 de outubro e Vargas assumiu o cargo de presidente provisório a 3 de novembro do mesmo ano”. **A REVOLUÇÃO de 30**: seminário realizado pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC) da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Setembro de 1980. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 17.

²⁷⁴ “Expressão da insatisfação dos paulistas com a Revolução de 1930, o movimento serviu, antes de mais nada, para convencer o Governo Provisório de Getúlio Vargas da necessidade de pôr fim ao caráter discricionário do regime sob o qual vivia o país. Isto só aconteceria quando a constituição de 1890, tornada sem efeito, fosse substituída por outra”. MOREIRA, Regina da Luz. **São Paulo pega em armas**: a Revolução Constitucionalista de 1932. CPDOC - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas. Disponível: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/revolucao1932>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

²⁷⁵ Bonavides chama atenção para o termo Estado social em oposição o termo Estado socialista, assim nas palavras do autor: “O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua

instituição do mandado de segurança “para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.” E, no que concerne ao procedimento fixou-se o *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada.²⁷⁶ Para Andrade e Bonavides, a introdução pela via constitucional desse remédio judicial corrobora para conferir uma nova dimensão aos direitos individuais imposta a partir das novas exigências sociais.²⁷⁷ Bandeira de Mello entende que referida ação mandamental:

“Em que a questão da constitucionalidade pode ser objeto principal da impetração, até em caráter preventivo, não obstante a ordem concedida seja concedida tão somente na espécie e a inconstitucionalidade seja declarada apenas na questão *sub judice*. Bastava ocorresse situação líquida, certa, verificável de plano, e a matéria de fato, acaso existisse, fosse inconteste”.²⁷⁸

O texto de 1934 manteve o controle incidental de constitucionalidade, como também apresentou importantes inovações, com destaque para a possibilidade de Intervenção Federal nos estados para assegurar a observância dos princípios constitucionais. Nessa hipótese, a intervenção só poderia ser efetuada depois que a *Corte Suprema*, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomasse conhecimento da lei que a decretou e lhe declarasse a constitucionalidade.²⁷⁹ A técnica do *full bench* também está prevista no texto constitucional em seu art. 179, assim “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, podem os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.²⁸⁰ No que tange ao Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1934

adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia.” Já o Estado Socialista como uma socialização necessariamente esquerdista. BONAVIDES, Paulo: **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 184.

²⁷⁶ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 16 de julho de 1934. Artigo 113, inciso XXXIII. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 16 jun. 2014.

²⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB editora, 2008, p. 328.

²⁷⁸ MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das Constituições rígidas**. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 174.

²⁷⁹ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 16 de julho de 1934. Artigo 12, § 2º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 16 jun. 2014.

²⁸⁰ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 16 jun. 2014. Sobre a regra do *full bench*: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Incidente de arguição de**

alterou a denominação do órgão para *Corte Suprema* e manteve o número de onze Ministros, mas poderia ser aumentado até dezesseis, conforme dispôs os artigos 73 a 77 do referido dispositivo legal.²⁸¹

O golpe de 10 de novembro de 1937 impôs a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, outorgada por Getúlio Vargas e apelidada de *Polaca* em alusão à Constituição autoritária da Polônia. Francisco Campos como Ministro da Justiça tentou justificar o regime como *um imperativo de salvação nacional*. Afinal, “a revolução de 30 só operou efetivamente na data da Constituição outorgada.”²⁸² A primeira república autoritária do Brasil fundamentada no *Estado Novo* foi marcada pela inobservância do próprio texto constitucional. A fraude estava precisamente no dispositivo que condicionava a manutenção da lei à consulta popular.²⁸³ Na prática, Bonavides e Andrade recorda que o *referendum popular* não chegou a ser cogitado.²⁸⁴ A raiz autoritária do texto constitucional limitava a competência dos Poderes Legislativos e Judiciários ao centralismo do Executivo. A Carta de 10 de novembro de 1937 restaurou o título “Supremo Tribunal Federal”, em seus artigos 97 a 102. O modelo de controle de constitucionalidade das leis ensejou um debate tormentoso sobre a possibilidade de revisão pelo executivo e legislativo da declaração da inconstitucionalidade pelo Judiciário. A regra do *full bench* foi mantida no art. 96, mas o parágrafo único do referido artigo prescreveu que:

inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de processo civil. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

²⁸¹ “Art 73: A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros. § 1º - Sob proposta da Corte Suprema, pode o número de Ministros ser elevado por lei até dezesseis, e, em qualquer caso, é irredutível. § 2º - Também, sob proposta da Corte Suprema, poderá a lei dividi-la em Câmaras ou Turmas, e distribuir entre estas ou aquelas os julgamentos dos feitos, com recurso ou não para o Tribunal Pleno, respeitado o que dispõe o art. 179. Art 74 - Os Ministros da Corte Suprema serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade.”. BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 16 jun. 2014.

²⁸² CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Com a colaboração de Ridendo Castigat Mores. 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/chicocampos.html>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

²⁸³ “Art 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.” BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 10 de novembro de 1937. Revogado pela Lei Constitucional nº 18, de 1945.

²⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB editora, 2008, p.348.

“Art. 96, p. u: No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”²⁸⁵

Referido dispositivo foi revogado pela Lei Constitucional nº 18, de 1945, mas não sem antes dividir a opinião da doutrina. Juristas como Francisco Campos, Lúcio Bittencourt, Alfredo Buzaid e Cândido Mota Filho, dentre outros, defenderam a restrição ao argumento de que o mecanismo atenuava a supremacia do Judiciário sobre outros poderes. Críticas a esse modelo contou com o apoio de Celso Barbi, Celso Bastos e Castro Nunes, para os quais a *pretendida supremacia da toga* não era uma realidade. Na verdade, o Poder Judiciário estaria no exercício de uma função *jurídica* que não poderia ser subjugada por uma função *política*. Ademais, na hipótese prevaleceria uma lei julgada inconstitucional pela jurisdição e, que, por critérios de oportunidade política poderia ser convalidada, tal conduta seria um contrassenso.²⁸⁶ Matizes autoritárias da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 são percebidas, ainda a partir do silêncio quanto ao mandado de segurança e a intervenção federal para a garantia dos Princípios Constitucionais.

No contexto de crise do Estado Novo, destaca-se a carta aberta publicada em 24 de outubro de 1943, intitulada como *Manifesto dos Mineiros* em defesa da redemocratização do país e do fim do Estado Novo. O texto despertava e conclamava os mineiros a uma reflexão sobre a organização política, social e econômica do país, bem como, fazia ressoar os rumores para uma nova mudança, conforme se infere dos fragmentos a seguir apresentados:

“[...] A ilusória tranquilidade e a paz superficial que se obtêm pelo banimento das atividades cívicas podem parecer propícias aos negócios e ao comércio, ao ganho e à própria prosperidade, mas nunca benéficas ao revigoramento e à dignidade dos povos. [...] Segundo pensamos, união é harmonia espontânea e não unanimidade forçada, convergência de propósitos lúcidos e voluntários e não soma de adesões insinceras. Um povo reduzido ao silêncio e privado da faculdade de pensar e de opinar é um organismo corroído, incapaz de assumir as imensas responsabilidades

²⁸⁵ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 10 de novembro de 1937. Revogado pela Lei Constitucional nº 18, de 1945.

²⁸⁶ MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das Constituições rígidas**. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 178.

de correntes da participação num conflito de proporções quase telúricas, como o que desabou sobre a humanidade.”²⁸⁷

Com a deposição de Getúlio Vargas e o fim do regime do Estado Novo em 1945, o processo de redemocratização do país intensifica, sobretudo com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de Setembro de 1946. Dá-se início ao período conhecido como *República Populista Brasileira*. Com efeito, a Carta de 1946 resgatou a equipotência dos poderes. Contudo, as marcas do autoritarismo da *Era Vargas* - basta recordar que Vargas ocupou a presidência por 15 anos ininterruptos, 8 dos quais foi ditador de fato – deixou por herança os jogos e intercâmbios políticos de um parlamento coarctado, cujas decisões demonstravam um caráter *intransparente, espesso e incontroláveis*. “O corporativismo alastrou-se por todos os níveis da sociedade. Com isso, o Poder Executivo tomou ares imperiais, inchando de modo a hipertrofiar o legislativo e o judiciário.”²⁸⁸ Contudo, a Constituição de 1946 *caminhou de maneira mais avisada* e se mostrou positiva ao refluir às origens republicanas, sobretudo quanto ao avanço na regulamentação da representação interventiva para a garantia dos princípios constitucionais sensíveis. Assim, consoante o disposto no parágrafo único do art. 8 do texto constitucional de 1946, o “ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.”²⁸⁹ Para Mendes, nessa hipótese, Supremo Tribunal Federal exerce a função de árbitro final de um contencioso sobre a inconstitucionalidade. Na declaração em espécie, o judiciário afasta a aplicação da lei, trata-se de uma inconstitucionalidade em tese.²⁹⁰ Em verdade, são os rumores do controle abstrato que começavam a incidir sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Importa, ainda, ressaltar que referida

²⁸⁷ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Manifesto dos Mineiros**. CPDOC - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas. Disp. Disponível <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/aeravargas1/anos37-45/quedadevargas/manifestodosmineiros>>. Acesso em: 25 nov. 2014. “Entre seus 92 signatários incluíam-se Virgílio de Melo Franco, Pedro Aleixo, Milton Campos, Artur Bernardes, Afonso Arinos de Melo Franco, Adauto Lúcio Cardoso, Adolfo Bergamini, Afonso Pena Jr., Alaor Prata, Bilac Pinto, Daniel de Carvalho, José de Magalhães Pinto, Mário Brant e Odilon Braga.”

²⁸⁸ MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das Constituições rígidas**. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 415.

²⁸⁹ BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946.

²⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 32, n. 126, Abril/Junho, 1995, p. 94.

Constituição, dispôs em seu §24 do art. 141, sobre o instituto do mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual fosse a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.²⁹¹

A Emenda nº 16 de 26 de novembro de 1965, introduziu no contexto pátrio, o controle concentrado de constitucionalidade das leis a ser exercido em fiscalização constitucional abstrata, isto é, o controle da lei em tese, *mutatis mutandis*, aos moldes do modelo austríaco-Kelseniano. O início da década 60 representou um contexto de mudanças para Supremo Tribunal Federal, o que incluiu em 21 de abril de 1960, em decorrência da mudança da capital federal, a sua transferência para Brasília, depois de ter funcionado durante 69 anos no Rio de Janeiro.²⁹²

O início da década de 60 também foi marcado pela instabilidade autoritária, sobretudo, através da centralização e fortalecimento do Poder Executivo, conforme se verifica do teor contido no Ato Institucional n. 1 de 9 de Abril de 1964:

“Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.”²⁹³

O Decreto nº 58.198, de 15 de Abril de 1966 foi responsável por instituir uma Comissão Especial de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto da Constituição do Brasil sob *a orientação* do Ministro Mendes Sá. Em verdade, tratava-se de um conferir um aspecto menos negativo à decisão governamental.²⁹⁴ Contudo, o trabalho da Comissão foi sufocado pelo anteprojeto do Ministério da Justiça. O Congresso Nacional foi convocado extraordinariamente para a *apreciação e votação*, conforme dispôs o Ato Institucional n.º 04

²⁹¹ BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946.

²⁹² CHEVITARESE, Alessia Barroso lima Brito Campos Chevitarese. **A participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, (monografia), Março de 2004, p. 20.

²⁹³ BRASIL. **Preâmbulo do Ato Institucional nº 1**, de 9 de abril de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.

²⁹⁴ “Art. 2º A Comissão compor-se-á do Jurisconsulto Levi Carneiro, dos Ministros Orosimbo Nonato e Miguel Seabra Fagundes e do Professor Temístocles Brandão Cavalcanti, sob a presidência do primeiro.” BRASIL. **Decreto nº 58.198**, de 15 de Abril de 1966. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-58198-15-abril-1966-399176-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

de 7 de Dezembro de 1966, e suas razões, a saber: “considerando que se tornou imperioso dar ao País uma Constituição que, além de uniforme e harmônica, represente a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução” e que “o Governo continua a deter os poderes que lhe foram conferidos pela Revolução”.²⁹⁵ Assim em 24 de janeiro de 1967 no 146º ano da Independência e 79º ano da República, o Brasil recebia uma nova Carta Constitucional *aprovada* pelo Congresso. Para Bonavides e Andrade, esse contexto foi marcado como:

“O país conheceu no governo de Castello Branco, o maior dilúvio de leis que se abateu sobre qualquer nação em qualquer tempo. Mas não eram suficientes as leis comuns. A fecundidade legiferante tinha que ser fechada com chave de ouro: O Presidente Castello Branco precisava dar ao País uma Constituição nova. Mas, afinal, acabou deixando a Constituição de 1967, de efêmera duração, roída pelas traças do tempo e pela volúpia legiferante de seus sucessores e, sobretudo reduzida a um trapo de papel pelo Ato Institucional n.º 5.”²⁹⁶

Sob a Presidência de Costa e Silva é assinado em 13 de dezembro de 1968, o Ato Institucional nº 5, reforçando o *estado de exceção*.²⁹⁷ Com base no referido ato, foram *aposentados compulsoriamente*, em 16 de janeiro de 1969, três Ministros do STF. Posteriormente, com o Ato Institucional n.º 6, de 1º de fevereiro de 1969, restabeleceu-se o número de onze Ministros, acarretando o não-preenchimento das vagas que ocorreram até atendida essa determinação.²⁹⁸ O AI-5 suspendeu a garantia de impetração e julgamento do *habeas corpus* em matéria de crimes contra a segurança nacional. A partir daí podia-se encobrir todas as violências do regime, *institucionais* ou *mesmo físicas*.²⁹⁹ E, em 17 de

²⁹⁵ BRASIL. **Ato Institucional nº 4**, de 7 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AIT/ait-04-66.htm>. Acesso em 10 dez. 2013.

²⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. História Constitucional do Brasil. Brasília: OAB editora, 2008, p.443.

²⁹⁷ Sobre estado de exceção ver: AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. E também: ACKERMAN, Bruce. The emergency Constitution. **The Yale Law Journal**. V. 113, n. 5, 2004.

²⁹⁸ BRASIL. **Ato Institucional nº 6**, de 1º de fevereiro de 1969. Altera a composição e competência do Supremo Tribunal Federal, amplia disposição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 e ratifica as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm#art2>. Acesso em: 11 dez. 2013. Os Ministros cassados foram: Victor Nunes, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva.

²⁹⁹ José Paulo Sepúlveda Pertence, ao falar sobre esse momento recente da história nacional recorda que: chegou a trabalhar com o ministro Vitor Nunes Leal – um dos três ministros da Suprema Corte considerados suspeitos pelos militares e que foram “cassados” pelo regime, com a edição do AI-5. E conta como Nunes Leal ficou sabendo de sua aposentadoria compulsória, por meio de decreto baseado no Ato Institucional nº 5. De acordo com Pertence, como ministro do STF, Vitor Nunes Leal trabalhava em um processo de modernização da Corte, sendo assessorado por um profissional belga – conhecido como Mr. Deer. No dia 16 de janeiro de 1968,

outubro de 1969, os ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica, considerando o decreto do recesso parlamentar e a autorização do Poder Executivo Federal para legislar sobre todas as matérias, outorgam a Emenda Constitucional nº 1, que edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.³⁰⁰

A transição do período de regime militar autoritário para nova república foi marcada, sobretudo, por movimentos sociais que proclamavam a necessidade de uma nova constituinte. No âmbito acadêmico, em 8 de agosto de 1977, em pleno regime militar, o professor Goffredo da Silva Telles Júnior apostou no pátio externo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no Largo São Francisco, leu a “*Carta aos Brasileiros*” como forma de repúdio ao governo militar.³⁰¹ Do *território livre da Academia* ressoaram as seguintes palavras:

“[...] Consideramos ilegítimas as leis não nascidas do seio da coletividade, não confeccionadas em conformidade com os processos prefixados pelos Representantes do Povo, mas baixadas de cima, como carga descida na ponta de um cabo. [...] O senso grave da ordem é o dos que abraçam os projetos resultantes do entrecchoque livre das opiniões, das lutas fecundas entre ideias e tendências, nas quais nenhuma autoridade se sobrepõe às Leis e ao Direito. [...] Proclamamos a soberania da Constituição. Sustentamos que nenhum ato legislativo pode ser tido como lei superior à Constituição. Uma lei só é válida se a sua elaboração obedeceu aos preceitos constitucionais, que regulam o processo legislativo. Ela só é válida se, em seu mérito, suas disposições não se opõem ao pensamento da Constituição. Aliás, uma lei inconstitucional é lei precária e efêmera, -porque só é lei enquanto sua inconstitucionalidade não for declarada pelo Poder Judiciário. Ela não é propriamente lei, mas apenas uma camuflagem da lei. No conflito entre ela e a Constituição, o que cumpre, propriamente,

Vitor Nunes recebeu o belga para jantar e conversarem sobre o assunto. Durante o jantar, ouviam o rádio, que transmitia o noticiário do Conselho de Segurança Nacional, quando vem a notícia, dada sem maior ênfase, comunicando a cassação do ministro. Nunes Leal então se dirigiu para o belga, lembra Pertence, e diz: “Mister Deer, eu continuo interessadíssimo na sua conversa, mas o senhor já não está falando com um ministro do Supremo”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **Ministros aposentados relembram os colegas cassados.** 16 de jan. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101692>>..

³⁰⁰ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 jan. 2014. O recesso do Congresso nacional foi decreto pelo Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968.

³⁰¹ Dentre os signatários do documento estavam incluídos os juristas Fábio Konder Comparato, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Dalmo de Abreu Dalari, Geraldo Ataliba, José Afonso da Silva, Heleno Fragoso, para não citar todos e, ainda o professor de literatura Antonio Candido e o bispo Dom Cândido Padin. TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. **Carta aos brasileiros**. Revista do advogado. São Paulo: AASP, v. 22, n. 67 ago., 2002, p. 11–16.

não é fazer prevalecer a Constituição, mas é dar pela nulidade da lei inconstitucional. [...] Proclamamos que o Estado legítimo é o Estado de Direito, e que o Estado de Direito é o Estado Constitucional. O Estado de Direito é o Estado que se submete ao princípio de que Governos e governantes devem obediência à -Constituição. [...] Ditadura é o regime que governa para nós, mas sem nós. Como cultores da Ciência do Direito e do Estado, nós nos recusamos, de uma vez por todas, a aceitar a falsificação dos conceitos. Para nós a Ditadura se chama Ditadura, e a Democracia se chama Democracia. Os governantes que dão o nome de Democracia à Ditadura nunca nos enganaram e não nos enganarão. Nós saberemos que eles estarão atirando, sobre os ombros do povo, um manto de irrisão. [...] Fiquemos apenas com o essencial. O que queremos é ordem. Somos contrários a qualquer tipo de subversão. Mas a ordem que queremos é a ordem do Estado de Direito. A consciência jurídica do Brasil quer uma coisa só: o Estado de Direito, já.”³⁰²

Em 17 de Abril de 1984, a campanha *Diretas já* contando com ampla adesão popular, com mais de um milhão de pessoas no Vale do Anhangabaú, em São Paulo, conclamou eleições diretas em todos os níveis. O clamor popular exigia a aprovação da Emenda Dante de Oliveira, mais precisamente da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº05/1983. Contudo, referida PEC foi rejeitada pela Câmara dos Deputados no dia 25 de abril de 1984. Diante desse cenário, as oposições e os dissidentes, como fruto direto de uma engenharia política conciliatória, uniram-se em torno do documento “*Compromisso com a Nação*” subscrito em 7 de agosto de 1984, por Tancredo Neves (Governador de Minas Gerais e candidato à presidência da República); Ulysses Guimarães (Presidente do Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB); Aureliano Chaves e Marco Maciel representando a Frente Liberal (posteriormente organizada como Partido da Frente Liberal – PFL).³⁰³

Em 15 de janeiro de 1985, Tancredo Neves foi eleito presidente do Brasil pelo voto indireto de um colégio eleitoral, contudo adoeceu gravemente e veio a falecer. Assim, na qualidade de vice-presidente eleito pela Aliança Democrática, José Sarney tomou posse como Presidente da Nação. O presidente empossado enviou mensagem ao Congresso Nacional em 28 de junho de 1985. Dessa iniciativa resultou a Emenda Constitucional nº 26,

³⁰² TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. **Carta aos brasileiros**. Revista do advogado. São Paulo: AASP, v. 22, n. 67 ago., 2002, p. 11–16.

³⁰³ Sobre o “Compromisso com a Nação”, ver: MACIEL, Marco. Revista de informação legislativa, v. 47, n. 187, p. 9-19, jul./set. 2010 | Senatus: cadernos da Secretaria de Informação e Documentação, v.6, nº 2, p. 12-16, out. de 2008 | Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois, v.1.

de 27 de novembro de 1985 com a finalidade de Convocar a Assembleia Nacional Constituinte. Referida norma dispôs em seus três primeiros artigos sobre a soberania da Assembleia Nacional Constituinte, reunida unicameralmente sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal (José Carlos Moreira Alves) que instalaria a Assembleia Nacional Constituinte e dirigiria a sessão de eleição do seu Presidente (que ficou a cargo de Ulysses Guimarães). A Constituição seria promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte.³⁰⁴

Ainda, na fase pré-constituinte foi criada a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, pelo Decreto n.º 91.450 de 18 de julho de 1985. A comissão dos notáveis foi instituída junto à Presidência da República para desenvolver pesquisas e estudos fundamentais, no interesse da Nação Brasileira, para futura colaboração aos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.³⁰⁵ A presidência da Comissão ficou a cargo do jurista Afonso Arinos que, em verdade, entregou em 18 de setembro de 1986, um *anteprojeto* constitucional.³⁰⁶ “Todavia, José Sarney ao invés de remetê-lo à Constituinte, enviou o projeto por despacho presidencial ao Ministério da Justiça, em 24 de setembro de 1986, onde provavelmente ficou arquivado.”³⁰⁷

O povo compareceu às urnas para eleger os membros da Constituinte em uma data simbólica, qual seja, 15 de novembro de 1986, 97º aniversário da República. A Assembleia

³⁰⁴ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26**, de 27 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 10 jan.2014.

³⁰⁵ “[...] CONSIDERANDO que todos os brasileiros, todas as instituições representativas da sociedade, públicas ou privadas, devem colaborar com os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, para que se obtenha ampla representatividade nacional; CONSIDERANDO que o Poder Executivo tem o dever de participar desse trabalho coletivo, inclusive convidando alguns dos muitos brasileiros ilustres e capazes para essa colaboração.” BRASIL. **Decreto nº 91.450**, de 18 de Julho de 1985. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91450-18-julho-1985-441585-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

³⁰⁶ Entre os 50 integrantes desse colegiado, estavam o empresário Antônio Ermírio de Moraes, o cientista político Bolívar Lamounier, o antropólogo e sociólogo Gilberto Freyre, o escritor Jorge Amado, o jurista Miguel Reale, o sindicalista José Francisco da Silva, o jurista Sepúlveda Pertence (então procurador-geral da República) e o economista Walter Barelli (na época diretor-técnico do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - Dieese). BRASIL. DIÁRIO OFICIAL. **Suplemento especial ao nº 185**, 26 de setembro de 1986 Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em 10 jan.2014.

³⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB editora, 2008, p.458.

Nacional Constituinte foi instalada no Congresso Nacional, em Brasília, na data de 1º de fevereiro de 1987, com a finalidade de elaborar uma Constituição democrática para o Brasil, após anos sob o regime militar. A votação em primeiro turno foi marcada pela votação e adoção do modelo de presidencialismo com a rejeição do parlamentarismo. Entre a pauta de discussão estava o mandato presidencial. O conflito entre o Executivo e o Legislativo estava instaurado. Através de uma cadeia nacional de rádio e televisão, o presidente Sarney discursou tecendo severas críticas ao projeto de Constituição que já se caminhava para o início de votação em segundo turno. O ponto chave do descontentamento era jurar e ser executor de um texto que poderia acarretar dívidas vultosas em razão dos novos direitos sociais, ademais, o Presidente “não poderia ficar ao largo das discussões e elaboração dos textos”, para os quais ele próprio havia conclamado.³⁰⁸ A fala provocou desgosto e apreensões nos círculos constitucionais e, em 27 de Julho de 1988, em cadeia nacional, veio a resposta emitida pelo presidente da Constituinte, Ulisses Guimarães, nos seguintes termos:

“[...] Não ouvimos o *establishment* encarnado no velho do Restelo, conclamando na praia, alvoroçada da partida, Vasco da Gama, Pedro Álvares Cabral e Camões para permanecerem em casa saboreando bacalhau e o caldo verde, ao invés da aventura das Índias, do Brasil e dos Lusíadas. [...] Esta constituição terá cheiro de amanhã, não de mofo. [...] A boca dos constituintes de 1987-1988 soprou o hálito oxigenado da governabilidade. [...] Esta Constituição, o povo brasileiro me autoriza a proclamá-la, não ficará como bela estátua inacabada, mutilada ou profanada”.³⁰⁹

Os trabalhos da Constituinte foram encerrados em 2 de setembro de 1988, após a votação e aprovação do texto final da nova Constituição brasileira. E, em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil. Afonso Arinos (então Senador e contando com sua experiência na Comissão dos notáveis) discursou por ocasião do momento. Assim, nas suas palavras:

“[...] O desprezo à política não é sua supressão, pois ela se confunde com o governo. Que haverá por detrás de tudo isso? Será que estamos ameaçados de outro tipo de política, ou seja, as ditaduras civis e militares que têm sido

³⁰⁸ SARNEY, José. Discurso contra as minorias radicais da constituinte. “Conversa ao Pé do Rádio” em 26 de fevereiro de 1988. Jornal do Brasil, 27/02/1988. In BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB editora, 2008, p. 892 (anexo 11).

³⁰⁹ GUIMARÃES, Ulysses. **Resposta à fala de Sarney contra a Constituinte**. Discurso de 27 de Julho de 1988.

a agonia secular da nossa República? Senhores constituintes de hoje, senhores Congressistas de amanhã: Vosso dever é fazer política, isto é, defender e praticar a Constituição brasileira em vigor, acreditar nela, convocar a Nação para defendê-la, se estiver em risco, reagir contra esses riscos disfarçados. Em suma, praticar e defender a liberdade. Fazer política é honrar nosso mandato, sustentar nosso trabalho, enobrecer a memória do nosso tempo”.³¹⁰

Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil representa um marco da redemocratização do País. Britto recorda que “o regime das melhores oportunidades, atende pelo sacrossanto nome de democrático. Melhores oportunidades para se fazer do mais qualificado sistema de normas jurídicas a mais fidedigna e cotidiana experiência.”³¹¹

Em termos dogmáticos, o texto manteve o sistema híbrido de controle de constitucionalidade com a coexistência dos modelos difuso e concentrado com notável aperfeiçoamento, sobretudo quanto à esse último, com destaque para: i) a ampliação dos legitimados na ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); ii) possibilidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão legislativa ou administrativa (art. 103, § 2º); iii) a possibilidade de concessão do mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.³¹²

Assim, diante do contexto institucional e normativo democrático, retoma-se a pergunta: Em que os *ideais republicanos* influenciaram o constitucionalismo brasileiro? Em verdade, a *virtude republicana* repousa em garantias, que foram conquistadas ao longo do tempo, desde a primeira República, mas que na atualidade ganham relevo por força de diretrizes fundantes do próprio Estado Democrático de Direito, das quais destacamos: i) A configuração dos cargos de Estado, em termos de um estatuto jurídico traduzido em situações funcionais (prerrogativas) e não em direitos subjetivos *stricto sensu* (privilégios); ii)

³¹⁰ ARINOS, Afonso. **Discurso na Promulgação da Constituição de 1988**. Grandes momentos do Parlamento. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/grandesMomentos/pron1.shtm>>. Acesso em 10 jan. 2014.

³¹¹ BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. **A Constituição e seus bons frutos**. Disponível em: <<http://www.ayresbritto.com.br/?p=1348>>. Acesso em: 27. Nov. 2014.

³¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

A temporalidade dos cargos políticos no Estado através do exercício de mandatos;³¹³ iii) Vedação ao nepotismo e a proibição de cargos hereditários.

Para Miranda, convicções democráticas podem levar a uma revolução, mas o que a converterá em Estado e, em Direito, é o *Princípio Republicano*. E quanto maior for o controle popular e o grau de transparência das decisões, melhor será a distinção entre o *bem comum* e os *interesses privados*. Assim, mais republicanas serão as pessoas e mais democrático será o poder. Com efeito, o Interesse da Maioria estará, também, adstrito aos limites republicanos, ou seja, circunscritos aos ditames do Estado Democrático de Direito, como um sistema de valores conjugados e inter-relacionados que orientam a formação e funcionamento de todo ordenamento jurídico.³¹⁴

O Poder Judiciário tem um papel importante na concretização dos princípios republicanos, sobretudo ao assegurar a proteção dos direitos das minorias. Contudo, no que concerne à “*accountability*” do Poder Judiciário instaura-se um problema. *Prima facie* é preciso compreender os dois tipos de arranjos institucionais de verificação das ações do Estado. Com efeito, o grau de legitimidade nas democracias contemporâneas é resultado de um *fino ajuste* entre os instrumentos institucionais, como voto e eleições livres e a possibilidade de fiscalização das ações relativas às funções de Estado. Assim, a *accountability vertical*, designa a capacidade dos eleitores de obter informações para formular preferências e tomar decisões. Já a *accountability horizontal*, refere-se à capacidade que poderes estatais têm de supervisionar as ações uns dos outros. E, caso encontrem atos ilegais, de aplicar sanções legais mediante uso dos instrumentos do ordenamento jurídico existente.³¹⁵ Assim, em termos de uma *accountability horizontal*, a própria dinâmica dos freios e contrapesos proporciona um controle entre os Poderes do Estado. Contudo, como implementar uma

³¹³ “Art. 82. O mandato do Presidente da República é de quatro anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição.” “Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.” “Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário. (...) § 2º - A representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015

³¹⁴ MIRANDA, Jorge. **Formas e sistemas de governo**. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

³¹⁵ Cf. O'DONNELL, Guilherme. **Teoria Democrática e Política Comparada**. Dados, Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, p. 577-654, 1999. e GAMA NETO, Ricardo Borges. **Minimalismo schumpeteriano, teoria econômica da democracia e escolha racional**. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 19, n. 38, p. 27-42, fev. 2011.

espécie de *accountability vertical*, no sentido de um controle social dos atos do Poder Judiciário? Sob essa perspectiva Freitas Filhos propõe uma reflexão: “É possível ampliar a *accountability* do poder judiciário, revelando inconsistências no processo decisório que limitam a possibilidade de conhecimento das razões decisórias?”³¹⁶ Com efeito, em uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*, a transparência das decisões pressupõe a publicidade dos motivos ensejadores da decisão.³¹⁷ Assim, o controle social do processo decisório, compõe a análise do *iter* que o magistrado adota entre os fatos e o *decidum* através da plausibilidade, inteligibilidade e coerência das razões aceitas como argumentos determinantes.³¹⁸ A justificativa da decisão tanto pela ordem interna (coerência como a ordem normativa), quanto com a ordem externa (análise do fato em um dado contexto) é um elemento presente nas ideias de transparência e de *accountability*. A legitimação decisória não se limita a obediência à norma ou à escolha do método de interpretação, mas, sobretudo, em juízo de equidade, compreender o aspecto *vivífico* e *dinâmico* de processo de interpretação.

Em termos operacionais, a demanda por transparência e maior *accountability* no Poder Judiciário integra as reformas do sistema judicial. Os Pactos Republicanos são exemplos das alterações legislativas promovidas em busca de *um judiciário melhor*. Assim, a título ilustrativo cita-se a exposição de motivos nº 204, de 15 de dezembro de 2004 que acompanhou a Proposta de Emenda à Constituição n.º 45 de 30 de dezembro do mesmo ano.³¹⁹ Nos termos da justificativa para a referida PEC, a reforma constitucional parte de uma proposta de formalização do *Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano*. Trata-se do Primeiro Pacto Republicano. Os Pactos Republicanos constituem

³¹⁶ FREITAS FILHO, Roberto. **Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007, p. 41.

³¹⁷ Cf. HARBELE, Peter. “**Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**”. Brasil: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

³¹⁸ FREITAS FILHO, Roberto. **Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007, p. 44.

³¹⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Exposição de motivos nº 204**, de 15 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/expmot/2004/exposicaodemotivos-204-15-dezembro-2004-592098-exposicaodemotivos-117162-mj.html>>. Acesso em: 20 fev. 2014. BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, de 2004. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-norma-pl.html>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

uma parceria entre os Três Poderes em um significativo esforço conjunto em prol da modernização do Judiciário. Referida soma de esforços pode ser sistematizadas da seguinte forma:

QUADRO 2: PACTOS REPUBLICANOS

Edições	Principais Medidas
Iº Pacto de estado em favor de um judiciário mais rápido e republicano	<ul style="list-style-type: none"> • Viabilização de mecanismos que aumentaram a agilidade da Justiça, como a regulamentação dos institutos da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral por meio das Leis 11.417 e 11.418, respectivamente, ambas de dezembro de 2006. • Criação de um cadastro centralizado de crianças e adolescentes desaparecidos; a tipificação de crime de sequestro e a revisão da legislação sobre crimes sexuais. • Estima-se que a aplicação da sistemática da repercussão geral tenha resultado, desde 2007, na redução de 41,2% do número de recursos que chegam ao STF.
IIº Pacto republicano de estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo³²⁰	<ul style="list-style-type: none"> • Aprovação da Lei 12.011/2009, que possibilitou a criação de 230 novas varas federais, destinadas à interiorização da Justiça Federal de primeiro grau e à implantação dos Juizados Especiais Federais no interior do Brasil. • Aprovação da Lei nº 12.322/2010, com a nova sistemática do Agravo de Instrumento, que representa cerca de 50% de todos os processos em tramitação no STF. O agravo passa a ser apreciado como preliminar ao recurso, o que favorece a aplicação da repercussão geral.
IIIº Pacto Republicano	<ul style="list-style-type: none"> • Em fase de elaboração. • Entre os temas em discussão estão: a ampliação das competências dos tribunais de segunda instância, em especial a redução do número de recursos que podem ser apresentados em cada instância judicial e a modificação da natureza dos recursos extraordinários, para reduzir a duração das causas judiciais; bem como o fim do efeito suspensivo nas sentenças prolatadas pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de Justiça, para que vigorem imediatamente, independentemente do julgamento dos recursos especiais e extraordinários impetrados no Superior Tribunal de Justiça e no STF.

³²⁰ BRASIL. II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Disponível em: 20 fev. 2014.

Edições	Principais Medidas
	<ul style="list-style-type: none"> Há ainda a proposta de que seja criada uma universidade multidisciplinar de segurança pública e desenvolvimento social, com o intuito de debater e sugerir ações de combate à criminalidade e à pobreza com recursos de diferentes áreas de especialização.

Fonte: Elaborado pela autora, a partir de Pactos Republicanos. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547>. Acesso em 20 fev. 2014.

Esse é o quadro no qual se insere a Reforma do Poder Judiciário, tomada no contexto dos Pactos Republicanos. Em linhas gerais, os ideais democráticos e republicanos promoveram transformações substanciais nas instituições do Estado brasileiro, renovando práticas e costumes. Com a evolução do modelo republicano, os fundamentos da nova ordem constitucional enfatizavam o papel do Poder Judiciário no controle constitucional, conferindo-lhe um protagonismo fundamental na cena política.³²¹ Contudo, está-se diante de uma nova feição do Poder Moderador? Acredita-se que não. Acredita-se que não. A possibilidade de atuação entre os poderes compõe a dinâmica dos freios e contrapesos no contexto da divisão de poderes, inseridos no marco do Estado Democrático de Direito.

Considerações Parciais

É a partir da concretização da ideia de constituição e da consolidação das práticas e das instituições políticas que os Poderes encontram a garantia do equilíbrio necessário ao diálogo. O princípio da separação dos poderes é, portanto, uma instituição desenvolvida no marco do constitucionalismo.³²² A emergência das constituições representa um forte aliado à República e aos pilares do Estado de Direito Democrático. Contudo, tomando o modelo de constituição escrita, o que representa o processo de formação dessa lei fundamental? Como a atividade legislativa pode ser ao mesmo tempo garantidora e ameaçadora da ordem nas sociedades contemporâneas? Essa temática é tratada a seguir no capítulo 2.

³²¹ MELLO, Celso. **Regime republicano muda perfil do Poder Judiciário**. Informativo Supremo Tribunal Federal em 15 de novembro de 2010.

³²² CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. *Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 20. In BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB editora, 2008, p.908 (anexo 14).

2. A QUALIDADE DAS LEIS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

“O tema da técnica legislativa não é terreno estéril, como à primeira vista parece; ao contrário, a seara é farta e promissora. Não resta dúvida, porém, que o aperfeiçoamento da arte de fazer leis não é essencial na boa legislação. O legislador vai-se tornando cada vez mais independente, não só dos chamados direitos naturais, mas também das próprias conquistas da ciência jurídica, que tem de apresar o passo para acompanhar a lei e rever, em função dela, as suas categorias e os seus sistemas. Esse quadro do mundo moderno é bastante desolador para os juristas, que cada dia mais se convencem de que o essencial são os propósitos do legislador, o seu desejo honesto de prover ao bem comum, na medida em que a lei o pode fazer. Mas, mesmo quando tais intenções existam, podem ser frustradas, caso se expressem por instrumentos imperfeitos e adequados. Que os juristas aperfeiçoem os instrumentos, ficando aos políticos a tarefa de melhorar as intenções. E também colaborarem os juristas no ofício dos políticos, na medida de suas forças e inclinações.”³²³

O Parlamento é a expressão máxima da democracia representativa. Ocorre que os arranjos políticos institucionais podem levar a formação de leis em desconformidade com a Constituição. Leis formadas por furor em razão do calor de fatos políticos e sociais de alta repercussão, como por exemplo, as Leis: i) Lei de Crimes Hediondos, apelidada de *Glória Perez*; ii) Tipificação criminal de delitos informática, mais conhecida como Lei *Carolina Dickeman* e; iii) Lei da Palmada, etc.,³²⁴ parecem não demonstrar a necessária prudência e qualidade do texto legislativo pensado também para o futuro. Tudo isso, sem perder de vista a criação de leis vazias de significado diante de crises institucionais, sociais e econômicas, como, por exemplo, a recente lei nº 13.101, de 27 de Janeiro de 2015, que dispõe sobre o

³²³ LEAL, Victor Nunes. Técnica legislativa. In **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 32. Originalmente publicado em julho de 1945.

³²⁴ i) Lei de crimes hediondos: Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990; ii) Tipificação criminal de delitos informática: Lei 12.737 de 30 de novembro de 2012; iii) Direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante: Lei nº 13.010 de 26 de Junho de 2014.

dia nacional do milho. A tarefa do legislador é projetar uma solução para um problema que, via de regra, transpõe o tempo. Contudo, a nomogênese legislativa não é uma tarefa ilimitada. Os excessos legislativos devem ser evitados. Com efeito, quando o primeiro controle político do processo legislativo no âmbito da CCJ falha, ainda se pode contar com o controle do veto do Poder Executivo (apesar da possível derrubada pelo CN) e com o controle judicial repressivo. Ocorre que, em virtude dos efeitos decorrentes de um presidencialismo de coalizão, a esperança depositada no veto pode ser infrutífera. E o fato de aguardar a completa formação da lei, com sua publicação, para então submeter seu conteúdo a um controle abstrato pode não ser o melhor remédio em razão de seus efeitos que na via fática podem não ser restaurados pela eficácia *ex tunc*. Assim, é facultado ao parlamentar impetrar MS para obstar o trâmite de PEC que ofenda cláusula pétrea e PL que afeta garantias constitucionais, como a proteção dos direitos das minorias. Essa é uma via de exceção, mas que deve ser analisada, uma vez que o Estado Democrático de Direito representa a obediência às regras do Jogo. O propósito desse capítulo é verificar o processo de formação da lei no marco da democracia brasileira.

2.1 A Nomogênese da lei: O processo legislativo e o desafio de colmatar os problemas decorrentes de coalizões

“Quero que vejamos o processo de legislação – na sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles e, fazendo- o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opiniões e princípios entre eles. Esse é o tipo de compreensão da legislação que eu gostaria de cultivar. E penso que se capturássemos isso com a nossa imagem da legislação, haveria por sua vez, uma saudável diferença no nosso conceito geral de direito.”³²⁵

A atividade legislativa no contexto de uma sociedade complexa e plural nem sempre corresponde à formação de lei coerente com a ordem jurídica e social insculpidas nos pilares do texto constitucional que representa a moldura do Estado Democrático de Direito (*Rule of*

³²⁵ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3.

Law). Essa distorção pode ser corrigida *a tempo*, pela atuação *simultânea* do Poder Judiciário. Com efeito, o controle externo dos atos do Poder Legislativo pode ser conveniente para resolver os vícios surgidos no processo de nascimento da norma.³²⁶ Essa atuação mais positiva da função jurisdicional não configura *enfraquecimento* do poder legislativo e tampouco a supremacia de um poder sobre o outro, mas sim a supremacia do Direito (*Rule of Law*) a que estão sujeitos todos os poderes. A força política capaz de suprimir valores e garantias constitucionais não pode ser imune ao controle. Ademais, “o poder deve controlar o poder”.³²⁷

O processo político de elaboração de leis está sujeito a abalos provenientes de vários fatores, como por exemplo, as alianças casuísticas e circunstanciais formadas por imposição de um *presidencialismo de coalizão*. Em linhas gerais, como homogeneizar e simplificar aquilo que é estruturalmente heterogêneo? As regras de representação e o sistema partidário plural – que deveria ajustar-se à heterogeneidade do ambiente em uma sociedade plural – constituem dilemas institucionais como este pode ser compreendido a partir do modelo de *presidencialismo de coalizão*.³²⁸ Abranches utilizou referido termo para registrar a experiência brasileira, em que há uma combinação entre a proporcionalidade, o multipartidarismo e o presidencialismo imperial que organiza o Executivo com base em grandes coalizões. Contudo, *prima facie*, em que consiste o *presidencialismo imperial*? Essa expressão pode ser sentida através de uma atuação forte do Presidente da República na formação de alianças para a composição de seu gabinete, como também na existência de

³²⁶ “[...] Conclui-se que, embora não descartáveis, os controles internos não atendem aos requisitos de independência e de autonomia dos órgãos controladores em face do controlado, nem garantem, pelas circunstâncias políticas, o direito de participação da minoria, não atendendo, assim, à *pretensão de correção* que legitima o sistema no Estado democrático de Direito. Daí, a conveniência do controle externo de certos atos do processo legislativo pelo Poder judiciário, que pode ser a *posteriori* ou *simultâneo*, sendo que o primeiro não exacerba a interferência entre os Poderes, mas não é apto a resolver os vícios surgidos durante a tramitação desse processo, ao passo que o segundo exacerba aquela interferência, tornando possível, porém, a resolução de tais vícios.” MOREIRA ALVES, José Carlos. Prefácio a CARVALHO, Cristiano Viveiros de. **Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 10-11).

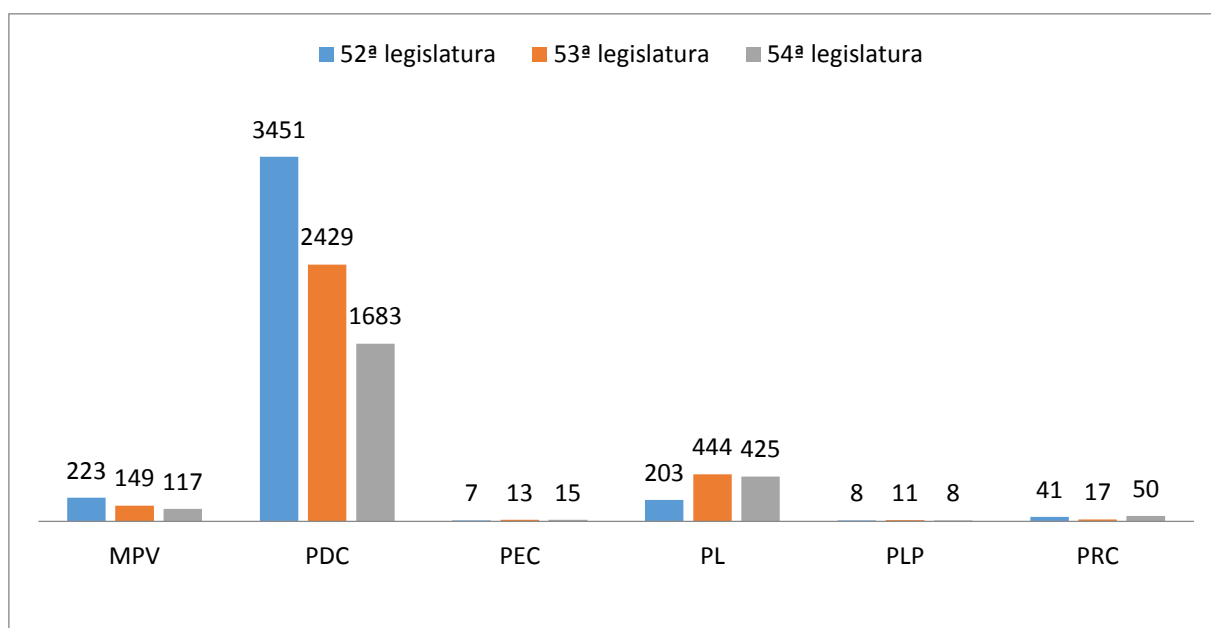
³²⁷ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

³²⁸ Cumpre ressaltar o alerta de Godoy para quem, “o presidencialismo de coalizão preocupa-se fundamentalmente com a conexão entre o Presidente e o Legislativo”. Já o denominado presidencialismo de articulação institucional lança as bases para investigar a relação do Presidente com o Executivo que Chefia. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Domesticando o Leviatã**: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional. Brasília: edição do autor, 2013.

mecanismos eficazes para se formar coalizões, de modo a apoiar as políticas formuladas pelo Executivo. Dentre os poderes do Presidente da República, principalmente o poder de formação de agenda política, destaca-se a iniciativa reservada de projetos de projetos de lei (art. 61, § 1º, CF) e a iniciativa exclusiva para a adoção de Medida Provisória (art. 62, CF), a possibilidade de requerimentos de urgência, além da possibilidade de veto total e veto parcial sobre as leis aprovadas no Congresso.³²⁹

A título ilustrativo, no que concerne ao exercício do poder de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, observa-se que na vigência da 54ª Legislatura (01/02/2011 - 31/01/2015), foram apresentados 229 projetos de autoria do Presidente da República, incluindo-se: Medida Provisória (MP), Proposta de Emenda à Constituição (PEC), Projeto de Lei Ordinária (PL) e PLP (Projeto de Lei Complementar). Em termos numéricos, verifica-se que após o quantitativo correspondente à iniciativa dos próprios membros do Poder Legislativo, é o Poder Executivo que mais apresenta proposições, conforme consta dos gráficos abaixo.

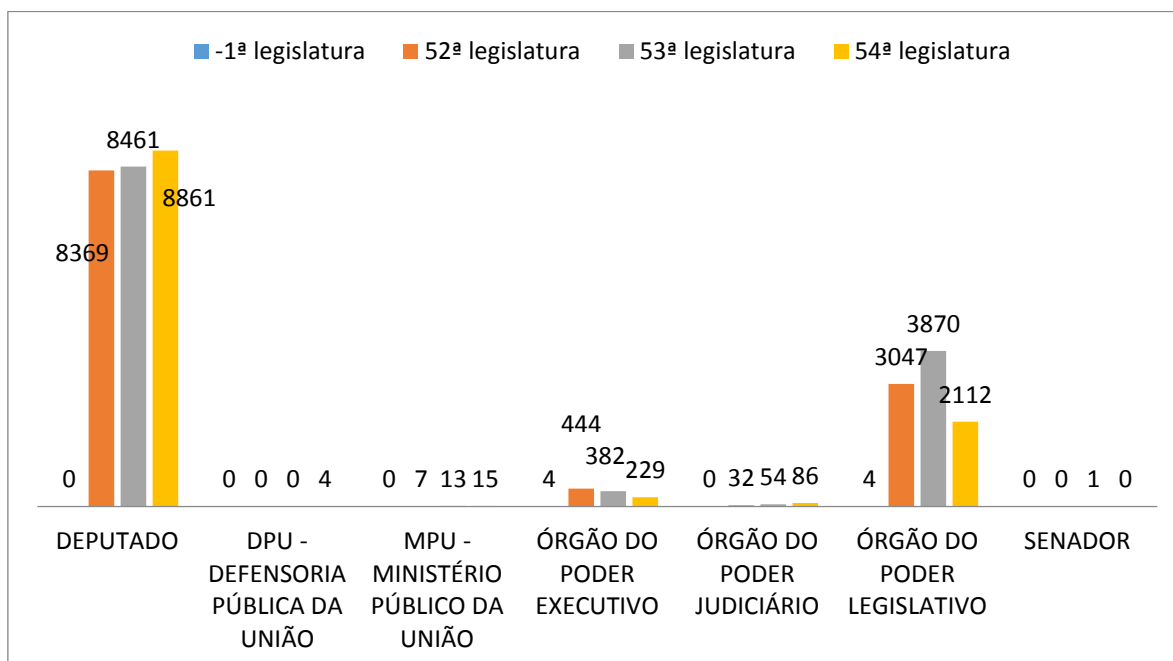
GRÁFICO 1: QUANTITATIVO DE PROPOSIÇÕES POR ESPÉCIE NORMATIVA



Nota: As proposições apresentadas nesta tabela são: Medida Provisória (MPV); Projeto de Decreto Legislativo (PDC); Projeto de Lei (PL); Projeto de Lei Complementar (PLP); Projeto de Resolução da Câmara dos Deputados (PRC); Proposta de Emenda à Constituição (PEC). Fonte: SILEG - Sistema de Informações Legislativas Câmara dos Deputados. Cumpre esclarecer que referidos dados foram obtidos no âmbito da Câmara dos Deputados utilizando da Lei de Acesso à Informação (LAI).

³²⁹ SANTOS, Fabiano. Governos de Coalizão no Sistema Presidencial. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (org.). **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. A iniciativa e o veto serão aprofundados mais adiante, nesse mesmo tópico.

GRÁFICO 2. QUANTIDADE DE PROPOSIÇÕES TRANSFORMADAS EM NORMA JURÍDICA EM CADA LEGISLATURA.



Nota: As informações referem-se às proposições na Câmara dos Deputados. Não são consideradas proposições que tramitem no Congresso Nacional ou no Senado Federal, assim como itens acessórios como emendas, requerimentos, proposições apensadas, etc. As proposições que possuem mais de uma autoria, considera-se apenas o primeiro signatário da proposição como autor. Proposições de autoria do Tribunal de Contas da União e do Procurador-Geral da República serão encontradas em Poder Judiciário. Cada legislatura representa um período de quatro anos disposto da seguinte forma:- 52ª Legislatura: 01/02/2003 - 31/01/2007;- 53ª Legislatura: 01/02/2007 - 31/01/2011;- 54ª Legislatura: 01/02/2011 - 31/01/2015; Data de Atualização do Relatório:13/01/2015. Fonte: SILEG - Sistema de Informações Legislativas Câmara dos Deputados. Cumpre esclarecer que referidos dados foram obtidos no âmbito da Câmara dos Deputados utilizando da Lei de Acesso à Informação (LAI).

Verifica-se que o Poder Executivo possui um domínio forte da pauta de votação no Congresso Nacional, e a aprovação de seus projetos também está relacionada a dinâmica da *coalizão*. Esse modelo demanda uma série de mecanismos institucionais que regulem a possibilidade de cisão interna e possíveis instabilidades, sobretudo em época de crise. O risco da coalizão reside, sobretudo, em seu rompimento que pode ocorrer por duas causas: i) “pelo abandono dos parceiros menores, situação na qual o presidente passa a contar apenas com seu partido e é forçado a alinhar-se com suas posições majoritária”; ii) “pelo rompimento do presidente com seu partido, que o deixa em solitário convívio com partidos minoritários (um quadro *estranho*).” Esse cenário demonstra as disputas interpartidárias que envolvem as lideranças, o próprio legislativo e coloca-se como árbitro final, o Chefe do Poder

Executivo.³³⁰ Conforme asseveram Figueiredo e Limongi, com base em uma análise feita em dados de votações nominais na Câmara dos Deputados, no período 1989-1994: “Em média, 89,4% do plenário vota de acordo com a orientação de seu líder, taxa suficiente para predizer com acerto 93,7% das votações nominais”. Referidos dados mostram que os partidos componentes da coalizão governamental controlam a maior parte das cadeiras na Câmara dos Deputados – ao menos nominalmente.³³¹

De fato, no curso do processo legislativo, “o texto normativo resulta, muitas vezes, do contributo oriundo das diversas bancadas, pelo que a formulação final pode não ser a mais adequada, mas a resultante do compromisso possível”.³³² Nesse sentido, verifica-se uma certa “fragilidade quanto à manipulação do processo político, inclusive no que toca às etapas de elaboração das normas”.³³³ Consoante já exposto, “a maioria pode impedir seus oponentes com base em sua própria condição de maioria. Contudo, “as únicas armas que a minorias podem utilizar contra a maioria se constituem na garantia das formas, regras e procedimentos”.³³⁴ À toda evidência, é preciso equilibrar a maioria e o direito de oposição da minoria sem incorrer numa flagrante contradição com o princípio do governo da maioria como critério decisional.³³⁵

Maioria e oposição convivem em um “ambiente no qual muitas vezes é difícil resistir à pressão dos eleitores, que reagem a certas situações com sentimentos que demonstram o

³³⁰ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**. Dados, Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 31, n.1, 1988, p. 5-34. Santos ressalta que na atualidade que esse modelo não é uma exclusividade brasileira, mas pode ser percebido também em alguns países da América da Latina. Para maior aprofundamento: SANTOS, Fabiano. ALMEIDA, Alcir. **Fundamentos informacionais do presidencialismo de coalizão**. Curitiba: Appris, 2011.

³³¹ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Política Orçamentária no Presidencialismo de Coalizão**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p.20.

³³² FRAGA, Ana. VARGAS, Ana. Da qualidade da legislação ou de como o legislador pode ser um fora-da-lei. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 59-102, jan./dez., 2007, p.68.

³³³ CARVALHO, Cristiano Viveiros de. **Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 15.

³³⁴ JEFFERSON, Thomas. **A Manual of Parliamentary e Practice**. New York, Clark & Maynard Publishers, 1968, p.13-14.

³³⁵ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 12.

conflito entre determinados juízos morais”.³³⁶ Temas como aborto, eutanásia e união homoafetiva parecem ser deixados intencionalmente para a solução no âmbito do Poder Judiciário, cujos membros não estão sujeitos a votos. Não se pode olvidar que as leis em sua *janela de oportunidade* são aprovadas quando coincidem dois fatores essenciais: i) um problema público crônico, ii) política pública determinada e forças políticas interessadas.”³³⁷

O critério de *forças políticas interessadas*, essencial para a formação de um consenso por interesse de grupos expressos em suas bancadas para prosseguir ou barrar um projeto de lei, demonstra que o Poder Legislativo é uma arena *imperfeitamente democrática*.³³⁸ A reação esperada a essa constatação é tomada no sentido de torná-la mais democrática. E, sob esse aspecto, em comparação, há que se verificar que o Tribunal não é o *mais democrático*. Contudo, a partir do Texto Constitucional, estão autorizados a agir quando provocados para defender os valores democráticos-republicanos.

Se Democracia é liceidade para dissenso, não há como garantir a homogeneidade de interesses, mas sim a igual participação no processo de tomada de decisões, sobretudo no que concerne ao processo de elaboração das leis. Com efeito, o pluralismo social intenta ser refletido no pluralismo partidário, como uma forma de garantir “a palavra às vozes mais diversas e se impeça o predomínio de uma coalizão majoritária de ocasião”.³³⁹ Não se pode perder de vista que “a lei é uma forma de aprisionar a evolução social nas malhas do enunciado. Uma tentativa de cristalizar uma visão *ad hoc* de algo no *povir*”.³⁴⁰

As regras do *jogo político* inerentes ao Poder Legislativo devem ser compreendidas a partir das etapas do processo de formação da lei. *Prima facie*, cumpre esclarecer sobre a terminologia *processo legislativo*. Processo ou procedimento? A doutrina Italiana é

³³⁶ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 75.

³³⁷ A ideia de *janela de oportunidade* remete a John Kingdon. Cf. FERRI, Cristiano. **Fatores internos da Câmara dos Deputados e a coerência das leis federais**. In Caderno da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan./dez. 2007, p. 106.

³³⁸ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 89.

³³⁹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 106.

³⁴⁰ COELHO, Inocência Mártires. Seminário “**Indeterminação do direito e segurança jurídica**”. Diretrizes para uma interpretação estrutural dos modelos jurídicos”. 24 abr. 2014. Notas de aula. Mimeografado.

responsável por elucidar essa dúvida, de certa forma já pacificada no campo da atividade jurisdicional. Assim, para Calamandrei o procedimento é o aspecto exterior do fenômeno processual.³⁴¹ Carnelutti ressalta que o “processo é a soma dos atos que se realizam para a composição do litígio, e o procedimento a ordem de sucessão de sua realização, uma combinação de atos cujos efeitos jurídicos estão entre si vinculados”.³⁴²

No contexto brasileiro, Humberto Teodoro Júnior classifica o processo como método orientado a compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa.³⁴³ Para Bandeira de Mello “procedimento não é ato complexo, mas sim um complexo de atos”.³⁴⁴ Arruda Alvim afirma “que o processo se constitui numa relação jurídica que se concretiza no procedimento”.³⁴⁵ Já no que concerne especificamente ao *processo legislativo*, Machado Horta acentua que o “processo legislativo não existe autonomamente como valor em si, pois é técnica a serviço de concepções políticas. Daí a sua mutabilidade no tempo e sua compreensão variada, refletindo a organização social e as formas de governo”.³⁴⁶ Ao tratar a questão, Baracho observa que o modelo tradicional de *técnica legislativa* constitui objeto de reflexão diante das modificações socioeconômicas que propõem a racionalização do *sistema legislativo*.³⁴⁷

³⁴¹ CALAMANDREI. **Instituciones de derecho procesal civil, según el Nuevo Código**. Buenos Aires: El foro, 1996, pág. 242.

³⁴² “Uma exigência metodológica imprescindível para o estudo do procedimento, que se resolve, como ocorre quase sempre, em uma exigência terminológica, me induz a esclarecer e a observar com maior rigor possível a diferença entre o somatório dos atos que se realizam para a composição do litígio, e a ordem e a sucessão de sua realização: o primeiro desses conceitos é o denominado com a palavra processo, o segundo com a palavra procedimento. Ainda que seja tênue, para não dizer capilar, a diferença de significado entre os dois vocábulos, e por muito extensamente que se fale do costume de usa-los indistintamente, convido aos estudiosos a levar em consideração a distinção, sem cuja ajuda torna-se impossível colocar ordem na quantidade de fenômenos que a teoria do procedimento deve ensinar a conhecer.” CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del nuevo proceso civil italiano**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1942, p. 243.

³⁴³ TEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. vol. I, 22^a.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

³⁴⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 451.

³⁴⁵ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. V. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

³⁴⁶ HORTA, Raul Machado. **O processo legislativo nas constituições federais brasileiras**. Revista de informação legislativa, Brasília, ano 26, n.º 101, Jan/Mar. 1989, p.5-6.

³⁴⁷ BARRACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral dos atos parlamentares**. Revista de Informação legislativa. Brasília: Senado Federal, a.21, n. 81, Jan./Mar. 1984, p. 269. Com efeito, a técnica legislativa é conhecida no âmbito da legística como *técnicas redacionais* específicas para a elaboração dos textos legais.

A expressão *processo legislativo* pode conter vários sentidos, com destaque para o exame sociológico e jurídico, conforme observa Sampaio. O *sentido sociológico* representa “o conjunto de fatores reais que põem em movimento, os legisladores e o modo como eles costumam proceder ao realizar a tarefa legislativa”. Referido fatores podem ser identificados como, por exemplo, a opinião pública, crises sociais, pressões de grupos organizados, *lobbying*, acordos de partidos, compensações políticas, composições partidárias, troca de votos, etc. No que concerne ao sentido jurídico, o processo legislativo é uma espécie do gênero Direito Processual, em que “o direito regula a sua própria criação, estabelecendo as normas que presidem à produção de outras sejam gerais ou individuais”.³⁴⁸ O *processo legislativo* também pode ser compreendido da perspectiva política como “um sistema destinado a organizar a deliberação sobre valores, para extrair uma conclusão a respeito de determinada expectativa social”.³⁴⁹ A partir da dimensão política é possível verificar que as normas do processo legislativo, ao garantir a participação da minoria no processo político, atuam em favor da legitimidade do sistema jurídico e das decisões normativas.³⁵⁰

Em sentido dogmático, *processo legislativo* pode ser definido como: um conjunto de atos (iniciativa, emendas, votação, sanção, veto, promulgação e publicação) realizados pelos órgãos legislativos visando a formação de leis,³⁵¹ consoante o disposto no art. 59 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.³⁵²

A seguir uma visão simplificada dos atos que compõe o processo legislativo (Figura 2), mas antes cumpre esclarecer que os atos do processo legislativo apresentados compõem as

³⁴⁸ SAMPAIO, Nelson de Souza. **O processo legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 27-28.

³⁴⁹ CARVALHO, Cristiano Viveiro de. **Controle Judicial e processo legislativo**: a observância dos regimentos internos das Casas Legislativas como garantia do Estado democrático de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 64.

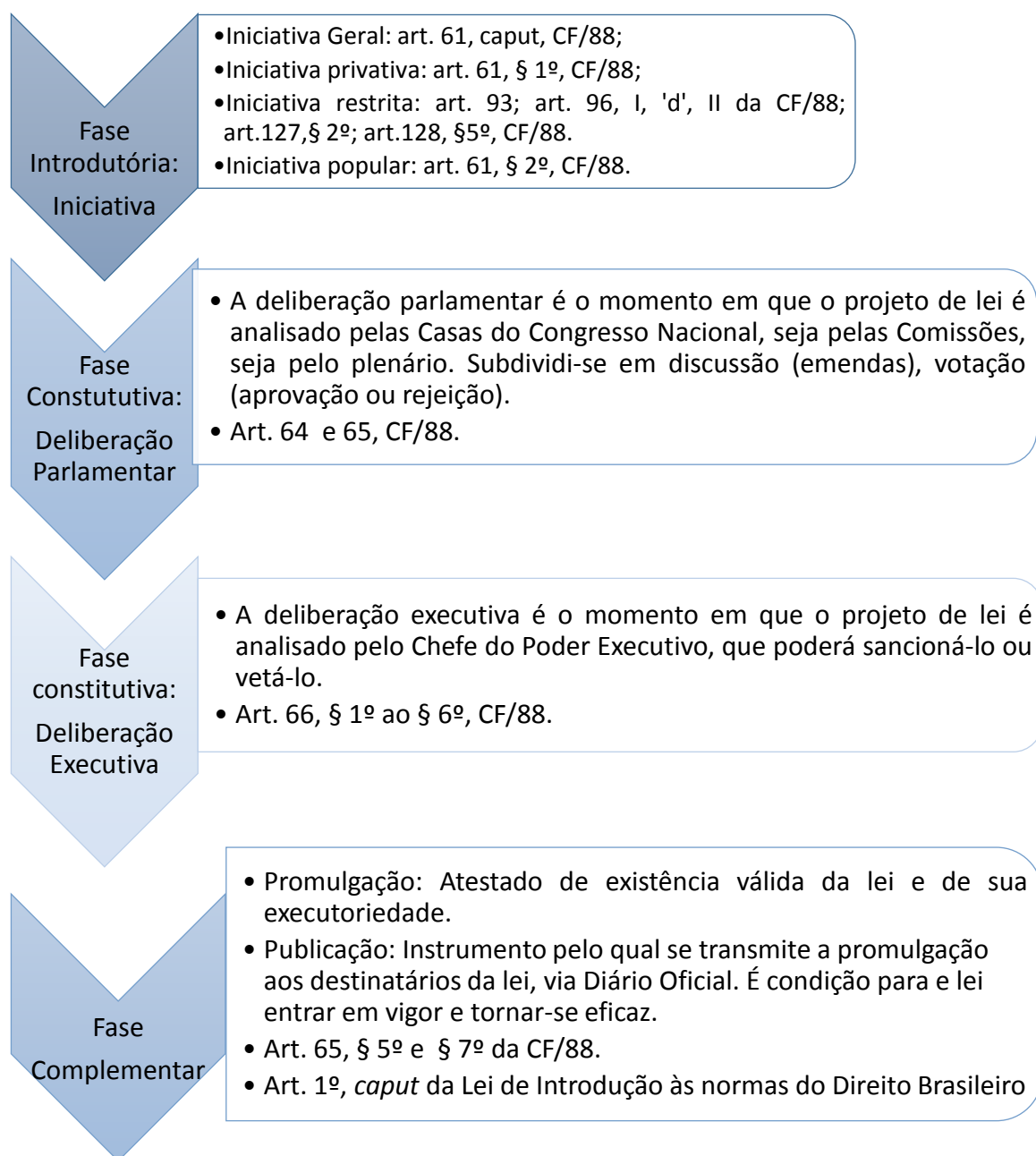
³⁵⁰ CARVALHO, Cristiano Viveiro de. **Controle Judicial e processo legislativo**: a observância dos regimentos internos das Casas Legislativas como garantia do Estado democrático de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 63.

³⁵¹ “Para Silva: Em rigor iniciativa não é ato de processo legislativo, mas a faculdade para apresentar projetos de leis. Assim como a promulgação e a publicação da lei não configuram atos de natureza legislativa. Rigorosamente, não integram o processo legislativo. Promulga-se e publica-se a lei, que já existe desde a sanção ou veto. É errado falar em promulgação de projeto de lei”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 521 e 526.

³⁵² “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

etapas constantes do procedimento ordinário. O procedimento especial apresenta peculiaridades em razão da espécie legislativa, conforme é demonstrado no quadro constante do Apêndice A.

FIGURA 2. ATOS QUE COMPÕEM O PROCESSO LEGISLATIVO



Fonte: elaborada pela autora a partir de: BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 2015. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2002, p.522-527.

Cada uma dessas etapas é importante para a formação da lei; entretanto em razão de ser o ato pelo qual se põe em movimento o processo legislativo, destacamos a titularidade do poder de iniciativa conforme a explicação dada por Pimenta Bueno que ainda ressoa como um ideal significativo, sobretudo para a formação de uma *boa lei*:

“A iniciativa, o direito de propor os projetos de lei ou medidas necessárias, ao país é muito valiosa, é uma atribuição importantíssima. [...] É finalmente ela que faz com que cada uma das Câmaras seja um órgão do povo devidamente animado para expressar as necessidades do país e propor medidas adequadas para satisfazê-las”.³⁵³

Todavia, na prática, as *necessidades do país* podem não ser o principal motivo ensejador de iniciativas, mormente parlamentar e executiva. O fato é que o governo ao dispor de maioria no Congresso procura impedir que as iniciativas de uma minoria parlamentar, em seu papel de oposição, sejam transformadas em lei. E pode ocorrer também que a minoria use sua força para tumultuar o processo legislativo e criar dificuldades ao governo no cumprimento de suas metas administrativas.³⁵⁴ Essas influências próprias do *jogo político* pode ter um resultado impróprio do ponto de vista da legística, qual seja, a difusão, incoerência e ineficiência do trabalho coletivo legislativo, o que pode resultar em leis incongruentes.³⁵⁵ Em linhas gerais, o momento inicial para análise da necessidade legislativa é a sua *justificativa*.

Um ponto importante para o controle da validade da iniciativa legislativa é o critério da *motivação* que demanda a justificação dos motivos ensejadores da proposição.³⁵⁶ Nesse

³⁵³ BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 131. No que tange ao à reserva de iniciativa sob a luz do princípio da separação de poderes recomenda-se a leitura da dissertação de MOTTA, Arthur Maciel. **Processo legislativo e limitações constitucionais ao poder de legislar**: reserva de iniciativa sob a luz do princípio da separação de poderes no constitucionalismo democrático de 1988. Dissertação. Brasília: Uniceub, 2013.

³⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 152.

³⁵⁵ FERRI, Cristiano. **Fatores internos da Câmara dos Deputados e a coerência das leis federais**. In Caderno da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan./dez. 2007, p.127. Os critérios de coerência e eficiência serão abordados nos tópicos 2.3 e 2.4 do presente trabalho.

³⁵⁶ Cumpre ressaltar que a *motivação* é o critério exigível regimentalmente para o controle da validade da iniciativa legislativa. “A *Justificação* é o texto que acompanha a proposição, por meio do qual o autor apresenta as razões pelas quais a proposição deve ser aprovada. A justificação é apresentada quando a matéria é de autoria parlamentar. As proposições de origem extraparlamentar costumam vir acompanhadas de Mensagem do Poder ou órgão independente, com a *exposição de motivos* do assunto, a qual faz as vezes de justificação.”[...] A ausência de justificação é um critério que ofende a exigência de regimentalidade. OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. **Análise de juridicidade de proposições legislativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2014, (Texto para Discussão nº 151). Disponível em:

sentido, dispõe o art. 103 do RICD: “A proposição poderá ser fundamentada por escrito ou verbalmente pelo autor e, em se tratando de iniciativa coletiva, pelo primeiro signatário ou quem este indicar, mediante prévia inscrição junto à Mesa.”³⁵⁷ Já o RISF dispõe sobre a exigência da motivação em seu art. 238, da seguinte forma: “As proposições, salvo os requerimentos, devem ser acompanhadas de justificação oral ou escrita, observado o disposto no parágrafo único do art. 233.” E, “havendo várias emendas do mesmo autor, dependentes de justificação oral, é lícito justificá-las em conjunto”.³⁵⁸ Com efeito, Silva recorda que “os projetos de leis devem ser motivados através de uma justificativa em que o titular demonstre a necessidade da regulamentação pretendida.”³⁵⁹ Trata-se de uma *escolha*, que caso seja aprovada, vai impactar na ordem jurídica e social. A ideia de justificação não resiste apenas na inovação, modificação ou permanência no que concerne ao conteúdo da futura lei, mas, sobretudo, na ideia de intervenção do Estado no âmbito da esfera de liberdade do indivíduo, conforme demonstra os estudos proporcionados pela jurisprudência.³⁶⁰ Fraga e Vargas ainda recordam que a justificação é uma espécie de “memória descritiva das situações sociais, econômicas, financeiras e políticas a que se aplica, uma informação sobre os benefícios e as consequências de sua aplicação e uma resenha da legislação vigente referente ao assunto.”³⁶¹ Nessa perspectiva, Reale afirma que reconstituir o *iter* da nomogênese legislativa é um processo fecundo para a compreensão dos modelos jurídicos.³⁶² Não se trata de trabalho de *arqueologia jurídica* fomentado acriticamente, mas sim de uma *genealogia da norma*, como uma inversão do processo interpretativo, no qual o

<www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 11 ago. 2014. Em outras palavras: “Quando a iniciativa é governamental ou judiciária ou do Procurador Geral da República, o projeto é encaminhado mediante uma mensagem do proponente, dirigida ao Presidente da Câmara dos Deputados. Essa mensagem contém a fundamentação da propositura”. SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 168.

³⁵⁷ Artigo 103 do RICD. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

³⁵⁸ Artigo 238, *caput* e parágrafo único. “Art. 233. Nenhuma emenda será aceita sem que o autor a tenha justificado por escrito ou oralmente. Parágrafo único. A justificação oral de emenda em plenário deverá ser feita no prazo que seu autor dispuser para falar no Período do Expediente da sessão. (NR)”. BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno do Senado Federal**. Brasília: Senado Federal, 2015.

³⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 168.

³⁶⁰ A ser demonstrado no tópico 2.4 do trabalho.

³⁶¹ FRAGA, Ana. VARGAS, Ana. Da qualidade da legislação ou de como o legislador pode ser um fora-da-lei. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 59-102, jan./dez., 2007, p. 68.

³⁶² REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 113.

intérprete deve percorrer de novo o itinerário de elaboração da norma, tendo em sua justificação, a materialização do marco zero.³⁶³ Daí a importância da motivação como um *síntoma* de racionalidade e como uma forma de reduzir o *resíduo incomodo do voluntarismo* sem limites, sobretudo no campo legislativo.³⁶⁴

É precisamente sobre esse aspecto que o dever de justificação decorre do abandono da presunção *iuris et de iure* de sacralidade da lei e da racionalidade intrínseca do legislador, especialmente do ponto de vista do seu conteúdo e da sua necessidade. Deixa de ser natural para o pensamento contemporâneo, a aceitação de que a soberania dos atos do parlamento, como poder sem limites fundado na *vontade geral*, seja o único fundamento, para legitimar o conteúdo das leis do ponto de vista democrático.³⁶⁵ A interferência na esfera de autonomia das pessoas precisa ser justificada a “luz do dia e em alto e bom som.”³⁶⁶ A propósito, Aarnio assevera que é “pela justificação que o autor da decisão, quer se trate de um juiz ou de uma autoridade administrativa (inclui-se, legislativa), constrói a credibilidade sobre a qual repousa a confiança que neles depositaram os cidadãos.”³⁶⁷

Fixadas as bases do *processo legislativo*, de outra parte cumpre delimitar o que se entende por *procedimento legislativo*. O *procedimento legislativo* é “o modo pelo qual os atos do processo legislativo se realizam”.³⁶⁸ Trata-se da tramitação dos projetos de lei nas Casas Legislativas.³⁶⁹ Os procedimentos podem ser classificados como: i) Ordinário; ii)

³⁶³ BETTI, Emilio. **Interpretación de la ley y de los atos jurídicos**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975, p. 30. COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁶⁴ VIGO, Rodolfo Luís. **Interpretación Constitucional**. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1993, p. 232. COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁶⁵ SANTOS, Letícia Camilo. **Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência**: o diálogo das fontes do direito. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: UFMG 2011, p. 83/84.

³⁶⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos. Saraiva, 2010.

³⁶⁷ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razoable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 29.

³⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 527.

³⁶⁹ No que concerne à terminologia projeto de lei e proposição, cumpre esclarecer que: i) “Projeto de Lei é uma espécie de proposição destinada a regular matéria inserida na competência normativa da União e pertinente às atribuições do Congresso Nacional, sujeitando-se, após aprovada, à sanção ou ao veto presidencial.” Cf, RICD, Art. 109, I e; ii) Proposição é toda matéria sujeita a deliberação da Câmara dos Deputados. Considera-se proposição a Proposta de Emenda à Constituição, projeto de lei, emenda, indicação, requerimento (proposição), recurso (proposição), parecer e Proposta de Fiscalização e Controle. Cf, RICD, Art. 100. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

Abreviado; iii) Sumário; iv) Sumaríssimo e v) Especial conforme demonstra as explicações constante do apêndice A, intitulado “Procedimentos Legislativos”.

Demonstradas as distinções quanto à terminologia *processo* e *procedimento legislativo* é possível analisar o *controle político* sobre as leis.³⁷⁰ O controle político de constitucionalidade dos atos do Parlamento pode ser confiado a um *órgão especial*, como é o caso da França, através do *Conseil Constitutionnel*.³⁷¹ O controle de constitucionalidade realizado pelo Conselho Constitucional, a partir da reforma de 23 de Julho de 2008, ao acrescentar o art. 61-1 na Constituição francesa, ampliou a competência do referido órgão para atuar também pela via do controle repressivo de constitucionalidade. Antes da reforma e pelo texto original da Constituição de 1958, o conselho atuava de forma essencialmente preventiva.³⁷²

No que concerne aos *sujeitos do controle de constitucionalidade*³⁷³ na esfera política e pela via preventiva, no Brasil é confiado à atuação das comissões legislativas e também à possibilidade de veto por parte do Chefe do Poder Executivo. Essa espécie de controle realizado antes da promulgação da lei é mais abrangente por alcançar o exame da constitucionalidade em sua perspectiva formal, isto é, em relação às regras do processo

³⁷⁰ “Conforme exposto na introdução, o presente trabalho limita-se a seguir a terminologia adotada por José Afonso da Silva. Assim, em razão do seu objeto de estudo, no que concerne aos atos do processo legislativo, será dado maior destaque para as deliberações no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC e para a função do veto no que concerne ao controle político de constitucionalidade. Quanto ao procedimento legislativo centralizam-se os estudos no trâmite da Proposta de Lei ordinária (PLO) e na Proposta de Emenda à Constituição e ao também (PEC).”

³⁷¹ CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Conselho Constitucional Francês**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>>. Acesso em: 29 dez. 2014. A atuação do referido órgão, em termos de qualidade da lei será melhor desenvolvida no tópico 2.3 da presente tese. Para uma leitura de aprofundamento sobre o controle de constitucionalidade na França destaca-se: GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês**. Revista de Informação Legislativa, v. 40, n. 158, p. 97-125, abr./jun. de 2003 e; FAVOREU, Louis. **La justice constitutionnelle em France**. Les Cahiers de droit, vol. 26, n. 2, 1985, p. 318.

³⁷² “Artigo 61^o-1: Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou do Supremo Tribunal, que se pronuncia em um prazo determinado. Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo.” FRANÇA. **Constituição da República de 1958**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/pdf>>. Acesso em 22 dez. 2014. Cf. ainda: CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Teoria do Estado e da Constituição**. Direito Constitucional Positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.252.

³⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 890.

legislativo e às competências para dispor sobre determinada matéria; quanto em sua dimensão material, a considera o conteúdo da proposição.³⁷⁴ Contudo, em razão do caráter político do referido controle verifica-se uma ampla margem de discricionariedade e a forte influência de interesses políticos diversos, os quais podem prevalecer sobre os aspectos técnico-jurídicos.³⁷⁵

O controle preventivo de *caráter político* inicia-se com o exame do Presidente da Casa iniciadora (na função de presidente da Mesa Diretora) que ao constatar a existência de vício *evidente* de inconstitucionalidade poderá devolver a proposição ao o autor, conforme dispõe o artigo 17, inc. II, alínea “e” e artigo 137, § 1º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) e artigo 48, inc. XI do Regimento Interno do Senado Federal (RISF). *In casu*, poderá o autor da proposição recorrer ao Plenário que decidirá após a audiência da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Em caso de provimento do recurso, a proposição voltará à Presidência para o devido trâmite, em sentido contrário, a proposição será arquivada.³⁷⁶

Após essa etapa de análise preliminar da matéria, mormente no que concerne à constitucionalidade, o Presidente da Casa verificará se há em trâmite projetos que tratem de matéria análoga ou conexa. E, em caso positivo, a distribuição será feita por dependência,

³⁷⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Teoria do Estado e da Constituição**. Direito Constitucional Positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.378.

³⁷⁵ OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. **Análise de juridicidade de proposições legislativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2014, (Texto para Discussão nº 151). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 11 ago. 2014.

³⁷⁶ “Art. 17. São atribuições do Presidente, além das que estão expressas neste Regimento, ou decorram da natureza de suas funções e prerrogativas: II - quanto às proposições: e) devolver ao Autor a proposição que incorra no disposto no § 1º do art. 137. “Art. 137. Toda proposição recebida pela Mesa será numerada, datada, despachada às Comissões competentes e publicada no Diário da Câmara dos Deputados e em avulsos, para serem distribuídos aos Deputados, às Lideranças e Comissões. § 1º Além do que estabelece o art. 125, a Presidência devolverá ao Autor qualquer proposição que: [...] II - versar sobre matéria: [...] b) evidentemente inconstitucional; § 2º Na hipótese do parágrafo anterior, poderá o Autor da proposição recorrer ao Plenário, no prazo de cinco sessões da publicação do despacho, ouvindo-se a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em igual prazo. Caso seja provido o recurso, a proposição voltará à Presidência para o devido trâmite. (Parágrafo com redação adaptada à Resolução nº 20, de 2004). BRASIL. **Câmara dos Deputados. Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. “Art. 48. Ao Presidente compete: XI – impugnar as proposições que lhe pareçam contrárias à Constituição, às leis, ou a este Regimento, ressalvado ao autor recurso para o Plenário, que decidirá após audiência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania”. BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno do Senado Federal**. Brasília: Senado Federal, 2015.

determinando a sua apensação.³⁷⁷ Cabe ainda ao Presidente definir o regime de tramitação do projeto, que pode ser: i) tradicional, com a deliberação pelo plenário ou ii) conclusivo (terminativo), com deliberação exclusiva nas comissões, ressalvada a hipótese de recurso à Mesa para deliberação em plenário.³⁷⁸ Após, a proposição recebida pela Mesa é despachada por sua Secretaria-Geral às Comissões competentes (permanentes ou especiais) e publicada no Diário da Respectiva Casa e em avulsos, para serem distribuídos aos Parlamentares, às Lideranças e às Comissões.³⁷⁹ Com efeito, no âmbito da Câmara dos Deputados, a partir da resolução nº10 de 1991, houve uma inversão da tramitação no procedimento ordinário. Antes da alteração regimental as proposições eram encaminhadas inicialmente para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Contudo, com certa frequência, as comissões subsequentes incluíam dispositivos inconstitucionais e a matéria não retornava a apreciação da CCJC, salvo quando havia questão de ordem levantada pelo Plenário. Assim justificou-se a inversão da tramitação a fim de proporcionar um controle final de constitucionalidade.³⁸⁰ A ordem de tramitação passou a ser: i) as Comissões cuja competência estiver relacionada ao mérito da proposição; ii) a Comissão de Finanças e

³⁷⁷ “Art. 139. A distribuição de matéria às Comissões será feita por despacho do Presidente, dentro em duas sessões depois de recebida na Mesa, observadas as seguintes normas: I - antes da distribuição, o Presidente mandará verificar se existe proposição em trâmite que trate de matéria análoga ou conexa; em caso afirmativo, fará a distribuição por dependência, determinando a sua apensação, após ser numerada, aplicando-se à hipótese o que prescreve o parágrafo único do art. 142. (Numeração adaptada aos termos da Resolução nº 10, de 1991).” BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. “Art. 48. Ao Presidente compete: § 1º Após a leitura da proposição, o Presidente verificará a existência de matéria análoga ou conexa em tramitação na Casa, hipótese em que determinará a tramitação conjunta dessas matérias.” BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno do Senado Federal**. Brasília: Senado Federal, 2015.

³⁷⁸ “Art. 58. § 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 58, § 2º, inciso I. Brasília. Senado Federal, 2015.

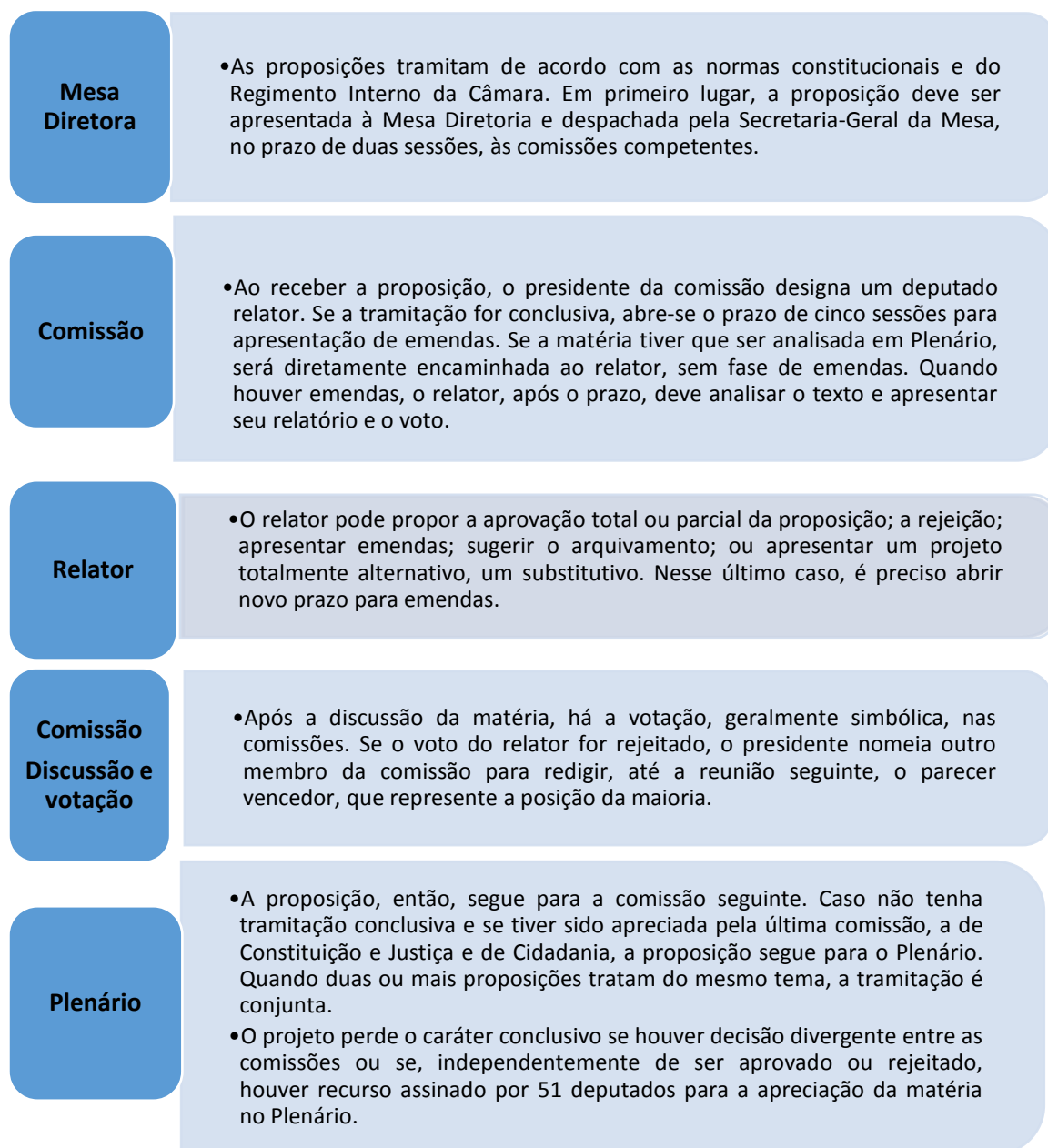
³⁷⁹ “Art. 137. Toda proposição recebida pela Mesa será numerada, datada, despachada às Comissões competentes e publicada no Diário da Câmara dos Deputados e em avulsos, para serem distribuídos aos Deputados, às Lideranças e Comissões”. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. No que concerne às Comissões: “Trata-se de órgão integrado por parlamentares, tendo composição partidária proporcional à da Casa Legislativa, tanto quanto possível, e pode ter caráter permanente ou temporário. É comissão permanente quando integra a estrutura institucional e comissão temporária quando criada para apreciar determinado assunto, especial e de inquérito, ou para o cumprimento de missão temporária autorizada. A comissão temporária extingue-se ao término da legislatura, quando alcançado o fim a que se destina ou, ainda, quando expirado o seu prazo de duração. (CF, Art. 58; RICD, Art. 26.)” CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Conheça o Processo Legislativo**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/processolegislativo>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

³⁸⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica legislativa (legística formal)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 255.

Tributação, para o exame dos aspectos financeiro e orçamentário públicos, quanto à sua compatibilidade ou adequação com o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, e para o exame do mérito, quando for o caso; iii) Obrigatoriamente à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa, e, juntamente com as comissões técnicas, para pronunciar-se sobre o seu mérito, quando for o caso e; iv) pela Comissão Especial a que se refere o art. 34, inciso II, para pronunciar-se quanto à admissibilidade jurídica e legislativa e, quando for o caso, a compatibilidade orçamentária da proposição, e também sobre o mérito, aplicando-se em relação à mesma o mesmo critério das demais comissões.³⁸¹

³⁸¹ Cf. Art. 53, I, II, III e IV; ver ainda: “Art. 139: A distribuição de matéria às Comissões será feita por despacho do Presidente, dentro em duas sessões depois de recebida na Mesa, observadas as seguintes normas: I - antes da distribuição, o Presidente mandará verificar se existe proposição em trâmite que trate de matéria análoga ou conexa; em caso afirmativo, fará a distribuição por dependência, determinando a sua apensação, após ser numerada, aplicando-se à hipótese o que prescreve o parágrafo único do art. 142. (Numeração adaptada aos termos da Resolução nº 10, de 1991) II - excetuadas as hipóteses contidas no art. 34, a proposição será distribuída: a) às Comissões a cuja competência estiver relacionado o mérito da proposição; (Alínea com redação dada pela Resolução nº 10, de 1991); b) quando envolver aspectos financeiro ou orçamentário públicos, à Comissão de Finanças e Tributação, para o exame da compatibilidade ou adequação orçamentária; (Alínea com redação dada pela Resolução nº 10, de 1991); c) obrigatoriamente à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa, e, juntamente com as Comissões técnicas, para pronunciar-se sobre o seu mérito, quando for o caso; (Alínea com redação dada pela Resolução nº 10, de 1991 e adaptada à Resolução nº 20, de 2004); d) diretamente à primeira Comissão que deva proferir parecer de mérito sobre a matéria nos casos do § 2º do art. 129, sem prejuízo do que prescrevem as alíneas anteriores; (Alínea com redação dada pela Resolução nº 10, de 1991); III - a remessa de proposição às Comissões será feita por intermédio da Secretaria-Geral da Mesa, devendo chegar ao seu destino até a sessão seguinte, ou imediatamente, em caso de urgência, iniciando-se pela Comissão que, em primeiro lugar, deva proferir parecer sobre o mérito; (Inciso com redação dada pela Resolução nº 10, de 1991); IV - a remessa de processo distribuído a mais de uma Comissão será feita diretamente de uma a outra, na ordem em que tiverem de manifestar-se, com os necessários registros de acompanhamento, salvo matéria em regime de urgência, que será apreciada conjuntamente pelas Comissões e encaminhada à Mesa; V - nenhuma proposição será distribuída a mais do que três Comissões de mérito, aplicando-se, quando for o caso, o art. 34, II; VI - a proposição em regime de urgência, distribuída a mais de uma Comissão, deverá ser discutida e votada ao mesmo tempo, em cada uma delas, desde que publicada com as respectivas emendas, ou em reunião conjunta, aplicando-se à hipótese o que prevê o art.49.” BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

FIGURA 3: TRAMITAÇÃO DAS PROPOSIÇÕES NO ÂMBITO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS



Fonte: Formulada pela autora a partir de: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Conheça o processo legislativo. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/processolegislativo>>. Acesso em 23 mar. 2013.

Com efeito, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados e a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) no Senado Federal desempenham uma função importante no controle político de constitucionalidade. Trata-se de uma comissão permanente que tem por atribuição, dentre outras funções:

i) no âmbito da Câmara (CCJC), examinar “os aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões” e;³⁸² ii) no Senado (CCJ): “opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário”.³⁸³

Os regimentos internos da Câmara (art. 53, III, RICD) e do Senado Federal (art. 101, I, RISF) no que concerne ao um juízo de admissibilidade da proposição, remetem ao exame dos aspectos de “constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa”. A utilização dos referidos critérios ocorre, a princípio, em razão da distinção entre a *juridicidade em sentido amplo* e *juridicidade em sentido estrito*. A essência da Juridicidade é a *conformidade com o direito*. Em sentido amplo, a juridicidade de uma proposição representa sua conformidade com a Constituição Federal, (critério de constitucionalidade); sua consonância com o Regimento da Casa legislativa onde tramita, (critério de regimentalidade). A observância aos demais aspectos jurídicos, como a presença dos atributos da norma legal, como a legalidade (conformidade à ordem jurídica em vigor) e a aderência aos princípios gerais do Direito, constitui a juridicidade em sentido estrito.³⁸⁴ Destaca-se, ainda no âmbito da juridicidade em sentido estrito, a *técnica legislativa* com o auxílio da legística formal, consoante disposto na a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998 e no Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002.

Reitera-se que constitucionalidade como condição *sine qua non* para o trâmite da proposição compreende a análise formal (*ou nomodinâmica*) e material desta. Com efeito, a doutrina brasileira comporta três espécies de vícios formais de procedimento legislativo: i) vícios constitucionais por violação às normas constitucionais sobre procedimento legislativo; ii) vícios de legalidade, por infração à lei complementar que dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Trata-se da lei complementar nº 95, de 26 de

³⁸² Artigo 32, inciso IV, alínea ‘a’, do RICD. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

³⁸³ Artigo 101, inciso I do RISF. BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno do Senado Federal**. Brasília: Senado Federal, 2015.

³⁸⁴ OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. **Análise de juridicidade de proposições legislativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2014, (Texto para Discussão nº 151). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 11 ago. 2014, p. 9. A temática pertinente à legística será objeto de aprofundamento no tópico 2.3.

fevereiro de 1998, que engloba em seu conteúdo técnicas de legística. Contudo, acentua-se que conforme o disposto no art. 18 da referida lei: “Eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento”, portanto não acarretam invalidade da lei³⁸⁵; iii) vícios regimentais, por inobservância dos respectivos regimentos internos.³⁸⁶

No plano da prática interna, o regimento da Câmara dos Deputados dispõe que o parecer da CCJC tem natureza *terminativa* quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria.³⁸⁷ Em outras palavras, o parecer terminativo da CCJC versa exclusivamente sobre os aspectos de admissibilidade jurídica (constitucionalidade e juridicidade). Nesse sentido, é denominado *terminativo* porque tem caráter decisório sobre esses aspectos, podendo inclusive determinar o arquivamento de uma proposição. Contudo desse parecer terminativo cabe recurso subscrito por pelo menos um décimo dos membros da Casa Legislativa.³⁸⁸ No âmbito do Senado Federal, quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição esta é considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado. Contudo, não sendo

³⁸⁵ BRASIL. **Lei Complementar n.º 95** de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 28 fev. 2015.

³⁸⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica legislativa (legística formal)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 258.

³⁸⁷ “Art. 54. Será terminativo o parecer: (“Caput” do artigo com redação dada pela Resolução nº 10, de 1991), I - da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria; (Inciso com redação adaptada à Resolução nº 20, de 2004); II - da Comissão de Finanças e Tributação, sobre a adequação financeira ou orçamentária da proposição; III - da Comissão Especial referida no art. 34, II, acerca de ambas as preliminares. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

³⁸⁸ “Art. 58. Encerrada a apreciação conclusiva da matéria, a proposição e respectivos pareceres serão mandados à publicação e remetidos à Mesa até a sessão subsequente, para serem anunciados na Ordem do Dia. (“Caput” do artigo com redação dada pela Resolução nº 10, de 1991) § 1º Dentro de cinco sessões da publicação referida no caput, poderá ser apresentado o recurso de que trata o art. 58, § 2º, I, da Constituição Federal. § 2º Durante a fluência do prazo recursal, o avulso da Ordem do Dia de cada sessão deverá consignar a data final para interposição do recurso. § 3º O recurso, dirigido ao Presidente da Câmara e assinado por um décimo, pelo menos, dos membros da Casa, deverá indicar expressamente, dentre a matéria apreciada pelas Comissões, o que será objeto de deliberação do Plenário. (Parágrafo com redação dada pela Resolução nº 10, de 1991). BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

unânime referido parecer, cabe recurso interposto por um décimo dos membros do Senado no sentido de dar continuidade à tramitação.³⁸⁹

O Regimento Interno da Câmara prevê que cada Comissão terá uma secretaria incumbida dos serviços de apoio administrativo, incluindo nessa função, a organização de súmula do posicionamento dominante da Comissão, quanto aos assuntos mais relevantes, sob orientação de seu Presidente.³⁹⁰ Até o momento foram publicadas quatro súmulas no âmbito da CCJC, conforme demonstra o quadro a seguir:

QUADRO 3: SÚMULAS DA CCJC

SÚMULA CCJ	ENTENDIMENTO
Súmula nº 1 de 1 de dezembro de 1994.	“1.1. Projeto de lei, de autoria de Deputado ou Senador, que autoriza o Poder Executivo a tomar determinada providência, que é de sua competência exclusiva, é inconstitucional. 1.2. Projeto de lei, de autoria de Deputado ou Senador, que dispõe sobre a criação de estabelecimento de ensino é inconstitucional. - Fundamento: § 1º do art. 61 da Constituição Federal e § 1º e inciso II do art. 164 do Regimento Interno.”
Súmula n.º 2 de 1 de dezembro de 1994.	“Projeto de lei que declara de utilidade pública associação, sociedade, entidade, fundação ou instituição é inconstitucional e injurídico.”
Súmula nº 3 (Revogada)	“Denominação de rodovia e de logradouro público. Revogada – Conflito entre a Súmula 3 da CCJC e o art. 2º da Lei nº 6.682/1979.”
Súmula nº 4 de 1 de dezembro de 1994.	“Projeto de lei que institui dia nacional de determinada classe profissional é injurídico”.

Fonte: Formulado pela autora a partir do RICD e do Portal da Câmara dos Deputados. BRASIL. Câmara dos Deputados. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Portal: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/ccjc/documentos/sumulas>>. Acesso em 12 dez. 2014.

No que tange à composição das Comissões, a Constituição dispõe em seu parágrafo primeiro do artigo 58 que “é assegurada, tanto quanto, possível, a representação

³⁸⁹ Cf. o disposto nos artigos 101, § 1º e 254 do RISF. O § 2º do art. 101, ainda dispõe que: “Tratando-se de inconstitucionalidade parcial, a Comissão poderá oferecer emenda corrigindo o vício. (NR)”. BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno do Senado Federal**. Brasília: Senado Federal, 2015.

³⁹⁰ Cf. Art. 62, inc. IX do RICD. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

proporcional dos partidos ou blocos parlamentares que participam da respectiva Casa”.³⁹¹ A participação da minoria, incluindo-se sempre um membro, nessa composição é assegurada, ainda que pela proporcionalidade não lhe caiba lugar, conforme o disposto no art. 23 do RICD.³⁹² Especificamente no que concerne à Presidência das Comissões na Câmara dos Deputados, estas serão representadas por 1 (um) Presidente e 3 (três) Vice-Presidentes, “eleitos por seus pares, com mandato até a posse dos novos componentes eleitos no ano subsequente, vedada a reeleição.”³⁹³ No âmbito do Senado Federal, o Presidente e de Vice-Presidente das comissões permanentes serão eleitos para mandato de dois anos, vedada a reeleição para o período imediatamente subsequente.³⁹⁴ Um dado importante dessa configuração pode ser observado através da constituição da presidência da CCJC que desde 2003 até 2014 tem-se reversado entre dois partidos: Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), partidos que compõem a base governista.³⁹⁵

Carvalho observa que a prática para escolha dos membros e dos presidentes das comissões permite acordos entres as bancadas, o que acaba por alterar a configuração concernente à proporcionalidade das bancadas. Contudo, o fato é que “em situações limites, a decisão final sobre as questões mais polêmicas e controvertidas acaba submetida em última instância ao julgamento da maioria”.³⁹⁶ Ocorre que a estratégia de se levar ao julgamento pela maioria do plenário pode ter consequências. Conforme mencionado anteriormente, quando as matérias tramitam em regime ordinário, devem passar pelas

³⁹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

³⁹² No caso da composição e instalação das comissões permanentes aplicam-se as regras constantes dos artigos 25, 26, 27 e 28 do RICD. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

³⁹³ Art. 39, caput, do RICD. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

³⁹⁴ Art. 88, §6º e art. 59 do RISF. BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno do Senado Federal**. Brasília: Senado Federal, 2015.

³⁹⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/ccjc/conheca/presidencia>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

³⁹⁶ Cf. CARVALHO, Cristiano Viveiros de. **Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 100.

comissões. No entanto, “a autonomia das comissões pode ser afetada quando as matérias sob sua jurisdição são avocadas pelo plenário, por meio da aprovação de um requerimento para tramitação urgente”³⁹⁷ E, caso o requerimento seja aprovado, “o projeto é retirado da comissão e, independente desta ter ou não iniciado a apreciação da matéria, votado em poucos dias com fortes restrições à apresentação de emendas em plenário”.³⁹⁸ Com efeito, a tese da participação da minoria, mormente quanto ao controle interno do processo legislativo, pode ser *enfraquecida* por circunstância políticas.³⁹⁹ Do ponto de vista do Estado Democrático de Direito nessas situações, não se configura a correção que legitima o sistema e, como consequência o “modelo de representação parlamentar deixa de ser *confiável*”.⁴⁰⁰

É importante ainda ressaltar em particular uma prerrogativa dos líderes da maioria e da minoria parlamentar. Com efeito, a definição da pauta do que será discutido no Plenário Principal, isto é, a Ordem do Dia, é feita conjuntamente pelo presidente da Mesa-Diretora e os líderes partidários.⁴⁰¹ Nas *votações simbólicas* na Câmara dos Deputados,⁴⁰² caso um líder partidário representar ao menos seis centésimos dos membros da Casa (ou seja, 31 deputados), poderá solicitar “verificação de votação para que o resultado seja confirmado

³⁹⁷ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Política Orçamentária no Presidencialismo de Coalizão**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p.51.

³⁹⁸ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Política Orçamentária no Presidencialismo de Coalizão**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p.51.

³⁹⁹ Recorda-se, por exemplo, o direito da minoria parlamentar no processo de instalação da CPI do Apagão Aéreo que foi assegurada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança (MS) 26441 em 2007, de relatoria do Min. Celso Mello. Em suma, “o plenário do STF, por unanimidade, decidiu que a Câmara dos Deputados deve instalar a Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar as causas, consequências e responsáveis pela crise ocorrida no setor aéreo brasileiro – a CPI do Apagão Aéreo. A decisão acompanhou o voto do relator, ministro Celso de Mello, para invalidar a deliberação do plenário da Câmara dos Deputados que desconstituiu ato de criação da CPI. Ele determinou a restauração definitiva do ato de criação da CPI, devendo o presidente da Câmara dos Deputados publicá-lo e adotar as demais medidas para viabilizar sua instalação.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 26.441/DF**, rel. Min. Celso de Mello. Pleno. DJe nº 237 de 18.12.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=26441&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 13 dez. 2014.

⁴⁰⁰ Cf. CARVALHO, Cristiano Viveiros de. **Controle judicial e processo legislativo**: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 100. ELY, John Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 106.

⁴⁰¹ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Modelos de Legislativo**: o Legislativo brasileiro em perspectiva comparada. In: Plenarium, ano 1, n.1, novembro, 2004, p. 41-56.

⁴⁰² A votação simbólica se refere ao processo de votação por meio de manifestação física. Cf: RICD, Art. 185.

ou não pelo processo de votação nominal”.⁴⁰³ Portanto, “os líderes partidários decidem quando é oportuno forçar uma votação nominal e utilizam esse recurso de maneira estratégica, a fim de apurar os efeitos da votação nominal para seus partidos”. Por outro lado, “há matérias em que interesses específicos estão em jogo e em que, para alguns parlamentares, seria muito custoso seguir a linha partidária. Nesse caso, os líderes optam pela votação simbólica. Esse conjunto de mecanismos acessíveis aos líderes reduzem o espaço da indisciplina partidária: “o que é passível de votação nominal é selecionado previamente de acordo com critérios partidários”⁴⁰⁴

Um outro ponto importante pertinente ao controle das atividades desenvolvidas durante o processo de elaboração das leis, além do juízo prévio de admissibilidade da proposição a cargo do presidente da Mesa e a atuação das Comissões de Constituição e Justiça, destacam-se as *questões de ordem* e as *reclamações*. No âmbito da Câmara dos Deputados as *questões de ordem* são compreendidas como uma solicitação de esclarecimento “a respeito da forma de condução dos trabalhos legislativos em caso de dúvida sobre a interpretação do Regimento Interno na sua prática exclusiva ou relacionada com a Constituição.”⁴⁰⁵ Já as reclamações referem-se ao uso da palavra pelo parlamentar, “durante sessão plenária ou reunião de comissão, para reclamar quanto à observância de expressa disposição regimental ou sobre o funcionamento dos serviços administrativos da Casa Legislativa.”⁴⁰⁶

⁴⁰³ CARNEIRO, André Corrêa de Sá. SANTOS, Luiz Claudio Alves dos. NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. **Curso de Regimento Interno [recurso eletrônico]**. 3. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014, p. 371. (Série conhecendo o legislativo; n. 14).

⁴⁰⁴ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Modelos de Legislativo: o Legislativo brasileiro em perspectiva comparada**. In: Plenarium, ano 1, n.1, novembro, 2004, p. 30 e 31.

⁴⁰⁵ Cf. art. 95 do RICD: “Art. 95. Considera-se questão de ordem toda dúvida sobre a interpretação deste Regimento, na sua prática exclusiva ou relacionada com a Constituição Federal. § 1º Durante a Ordem do Dia só poderá ser levantada questão de ordem atinente diretamente à matéria que nela figure. § 2º Nenhum Deputado poderá exceder o prazo de três minutos para formular questão de ordem, nem falar sobre a mesma mais de uma vez. § 3º No momento de votação, ou quando se discutir e votar redação final, a palavra para formular questão de ordem só poderá ser concedida uma vez ao Relator e uma vez a outro Deputado, de preferência ao Autor da proposição principal ou acessória em votação. § 4º A questão de ordem deve ser objetiva, claramente formulada, com a indicação precisa das disposições regimentais ou constitucionais cuja observância se pretenda elucidar, e referir-se à matéria tratada na ocasião. [...]” BRASIL. **Câmara dos Deputados. Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

⁴⁰⁶ Cf. art. 74, inc. V e art. 96 do RICD. “Art. 96. Em qualquer fase da sessão da Câmara ou de reunião de Comissão, poderá ser usada a palavra para reclamação, restrita durante a Ordem do Dia à hipótese do

Feitos esses esclarecimentos sobre o controle interno do processo legislativo, mormente quanto à juridicidade e constitucionalidade da proposição, cumpre refletir sobre o controle político preventivo exercido através do veto presidencial. Com efeito, “entende-se por veto, a manifestação expressa da discordância do Chefe do Poder Executivo quanto ao projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo.”⁴⁰⁷ Quanto à natureza do veto, Silva entende que o veto gera “tão-só um *incidente no procedimento* de formação das leis”. Assim, ao incidir na fase conclusiva pode impedir de forma temporária (quando por maioria absoluta dos votos, o Congresso o rejeita)⁴⁰⁸; ou de forma definitiva (se aceita as suas razões) e nesse caso o projeto é arquivado.⁴⁰⁹ Como consequência, consoante o disposto no art.67 da Constituição Federal, não poderá constituir objeto de novo projeto na mesma sessão legislativa, salvo mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.⁴¹⁰

Dois são os motivos ensejadores para o veto: i) a existência de inconstitucionalidade que confere ao veto a característica de ser um instrumento de controle prévio da constitucionalidade formal e substantivo do ato legislativo; em razão desse motivo, ocorre o denominado *veto jurídico*. Nesse sentido, o Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002 que “estabelece as normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal”, dispõe em seu § 3º do art. 52 que “a proposição de veto por inconstitucionalidade será fundamentada em afronta *flagrante e inequívoca* à Constituição;”⁴¹¹ ii) contrariedade aos interesses nacionais, *in casu*, “o veto atua

parágrafo único do art. 55 ou às matérias que nela figurem.” BRASIL. **Câmara dos Deputados. Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

⁴⁰⁷ FONSECA, Edson Pires da. **Direito Constitucional Legislativo**: Poder Legislativo, direito parlamentar e processo legislativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 248.

⁴⁰⁸ Cf. § 4º do art. 66: “§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013)”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

⁴⁰⁹ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 224.

⁴¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015. MENDES, Gilmar Ferreira, MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 920.

⁴¹¹ “Art. 52. Na apreciação de projetos de lei, enviados pelo Congresso Nacional ao Presidente da República para sanção, compete à Secretaria de Assuntos Parlamentares da Secretaria-Geral da Presidência da República

como fator seletivo na escolha dos interesses que o Chefe do Executivo quer ver tutelados ou repelidos pela ordem jurídica”, trata-se do veto *político*.⁴¹² Em síntese, o veto possui as seguintes características: i) Expresso: o silêncio do Presidente da República importa em sanção, a teor do que dispõe § 3º da Constituição da República Brasileira de 1988 (CF/88);⁴¹³ ii) Motivado e formalizado. A considerar a amplitude do que se entende por contrariedade *ao interesse público, mutadis mutandis*, a motivação é também um *sintoma de racionalidade* e objetividade do veto;⁴¹⁴ iii) Total ou parcial, conforme consta do § 2º do art. 66 da CF/88, “o veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea”;⁴¹⁵ iv) Supressivo: O veto não pode adicionar nada ao projeto de lei, mas apenas suprimir; v) irretratabilidade: aposto o veto, o Presidente da República não pode mais voltar atrás em sua decisão.⁴¹⁶

Ainda no que concerne aos motivos ensejadores do veto, importa refletir sobre a possibilidade de controle judicial. Em verdade, quando o *veto é político*, isto é, pautado na contrariedade ao interesse público, Fonseca entende que o motivo estaria inserido no

solicitar aos Ministérios e aos demais órgãos da Administração Pública Federal as informações que julgar convenientes, para instruir o exame do projeto. § 1º Salvo determinação em contrário, os Ministérios e demais órgãos da Administração Pública Federal examinarão o pedido de informações no prazo máximo de dez dias. § 2º Quando necessárias informações do Poder Judiciário e do Ministério Público, compete ao Chefe da Casa Civil da Presidência da República solicitá-las, com indicação da data em que a proposta de sanção ou veto deve ser apresentada ao Presidente da República. § 3º A proposição de veto por inconstitucionalidade será fundamentada em afronta flagrante e inequívoca à Constituição. § 4º A Secretaria de Assuntos Parlamentares da Secretaria-Geral da Presidência da República encaminhará à Advocacia-Geral da União cópia dos projetos de lei referidos no caput.”. BRASIL. **Decreto nº 4.176** de 28 de março de 2002. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm>.

⁴¹² SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 223.

⁴¹³ “§ 3º do art. 66: Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

⁴¹⁴ Cumpre ressaltar que a explicação dos motivos da aposição do veto total ou parcial ao projeto de lei é encaminhada por meio da *mensagem de veto* enviada ao Presidente do Senado Federal. Consoante o disposto no § 1º do art. 66 da CF/88: “Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

⁴¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

⁴¹⁶ FONSECA, Edson Pires da. **Direito Constitucional Legislativo**: Poder Legislativo, direito parlamentar e processo legislativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 249-250.

âmbito de poder discricionário do Chefe do Poder Executivo e, nesse caso, não seria possível questionar judicialmente os seus motivos ensejadores.⁴¹⁷ Em se tratando de *veto jurídico*, (aquele que recai sobre a inconstitucionalidade do projeto de lei), o entendimento prevalente no Supremo Tribunal Federal é pela impossibilidade de controle.⁴¹⁸ Contudo, registra-se em decisão monocrática, o entendimento do Ministro Relator Celso de Mello prolatado por ocasião do Julgamento da Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45. Em linhas gerais, o Relator admitiu o cabimento da ADPF para o questionamento do veto do Presidente da República apostado sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. Contudo, o julgamento restou prejudicado, em virtude da perda superveniente de seu objeto que se deu com o advento da edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional.⁴¹⁹

A autocontenção do STF se deve ao fato de que cabe exclusivamente ao Congresso Nacional apreciar as razões do veto. Contudo, cumpre esclarecer que os aspectos formais relativos ao veto não escapam à apreciação do Tribunal, uma vez que dizem respeito às

⁴¹⁷ FONSECA, Edson Pires da. **Direito Constitucional Legislativo**: Poder Legislativo, direito parlamentar e processo legislativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 256.

⁴¹⁸ Com destaque para o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF) nº1-7/RJ de relatoria do Min. Néri da Silveira. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **ADPF 1-7/RJ**, Relatora Ministra Néri da Silveira. Julgamento em 03.02.2000; DJ em: 07.11.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348389>>. Acesso em 15 dez. 2014.

⁴¹⁹ “[...] Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão monocrática. **ADPF nº45/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

formalidades previstas na Constituição Federal, como é o caso da comunicação dos motivos do veto previsto de forma expressa no § 1º do art. 66.⁴²⁰ Referido comando não se enquadra nas hipóteses de discricionariedade do Poder Executivo.

Por fim, ressalta-se que não há veto ou sanção na emenda à Constituição, decretos legislativos, resoluções, leis delegadas e na lei da conversão (sem alterações) de medida provisória, em razão de suas naturezas específicas e do rito especial para suas formações.

De todo o exposto, verifica-se que a tarefa do legislador no curso do devido processo legislativo não é ilimitada, mas deve obediência aos critérios de *constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa*. Ainda no campo da doutrina de inspiração administrativa, destaca-se uma limitação tormentosa que se traduz na doutrina do excesso do poder legislativo. Este é o tema para reflexão no próximo tópico.

2.2 A doutrina do Excesso do Poder Legislativo

“O legislador, certamente, pode avançar mais com um só dos seus passos do que os juízes com os passos representados por muitas decisões ou sentenças; porém os períodos de inatividade, inércia e irresolução do primeiro não lhe permitem, quase nunca, sinalizar novos caminhos à evolução jurídica em comparação com o incessante progresso representado pela atividade dos profissionais do direito e, sobretudo, dos juízes. Ademais, o legislador só se decide a atuar quando o objetivo que se propõe já está traçado por uma série de necessidades acumuladas. O legislador nos dá a sensação de um míope equipado com uma arma poderosa.”⁴²¹

A lei como fruto do processo legislativo deve ser inteligível (*leges intellegi ab omnibus debent*). Conforme ordenava o *Corpus Iuris Civilis*, as leis devem ser entendidas por

⁴²⁰ Reitera-se a parte final do § 1º do art. 66 da CF/88: “Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, **no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.**” (grifo nosso). BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

⁴²¹ BRUTAU, José Puig. **La jurisprudência como fuente del Derecho**. Barcelona: Bosch, s/d, p. 19.

todos.⁴²² Huber considerava que o Código Civil deveria ser uma *legislação popular*, redigida não apenas para a atenção dos juízes, mas de todos os cidadãos, recordando os ensinamentos do Direito Romano. A essência da *legislação popular* ainda hoje demanda que as leis não sejam redigidas com o único objetivo de indicar aos juízes como terão que proceder em cada caso. Mas sim, que a lei seja direcionada de forma inteligível a todos aqueles que estão submetidos ao seu império. Em síntese, “as regras estabelecidas devem ter um sentido mesmo para o *profano*, o que não impedirá que o *especialista* descubra sempre um sentido mais extenso ou mais profundo que o profano. É isto o que se entende pela expressão *legislação popular*.”⁴²³ Com efeito, em uma visão mais ampla, para a formação de uma *legislação popular*, requer-se uma discussão ampla e integrativa. Nesse sentido, à toda evidência, a preocupação com a origem e conteúdo da lei não é exclusividade do *Civil Law*. Em um trabalho intitulado “como se fazem as leis norte-americana”, Charles Zinn explica o propósito do manual, o qual se subscreve de forma direta:

“Evidentemente, nenhum sistema para a elaboração de leis destinadas a governar 190 milhões de pessoas pode ser perfeito em todos os seus pormenores relativos a cada unidade singular de legislação. Entretanto, uma das mais práticas salvaguardas da maneira democrática de viver norte-americana é esse processo que, com seu cioso cuidado de proteger as minorias, dá ampla oportunidade a todos os lados de serem ouvidos e apresentarem seus pontos de vista. O fato de uma proposta não poder transforma-se em lei sem passar por ambas as Casas do Congresso constitui elevada virtude, ao invés de defeito do sistema parlamentar. O resultado das discussões abertas e plenas, determinadas pela Constituição norte-

⁴²² “The Corpus Iuris Civilis was issued in three parts, in Latin, under the direction of the imperial questor Tribonian at the request of Emperor Justinian in 529-534. The first part was the Codex Justinianus compiled all of the extant imperial constitutiones from the time of Hadrian. It used both the Codex Theodosianus and private collections such as the Codex Gregorianus and Codex Hermogenianus. The second part, the Digest (Digesta) or Pandects (Pandectae), was issued in 533 : it compiled the writings of the great Roman jurists such as Ulpian along with current edicts. The third part, the Institutes (Institutiones), was intended as a sort of legal textbook for law schools. Later, Justinian issued a number of other laws, mostly in Greek, which were called Novels (Novellae).” Cf. THE ROMAN LAW LIBRARY. Disponível em: <<http://droitromain.upmf-grenoble.fr/>> Acesso em 10 maio 2014.

⁴²³ HUBER, Eugène. Code civil suisse: exposé des motifs. Berne 1901. In FLÜCKIGER, Alexandre. DELLEY, Jean-Daniel. **A elaboração racional do direito privado: da codificação à legística**. Tradução: Paulo Roberto Magalhães. Revisão da tradução: Maria Lina Soares Souza. Caderno da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan./dez. 2007, p. 49.

americana, é frequentemente, o notável melhoramento dos projetos de lei, antes de tornarem-se leis, ou definitiva derrota das más propostas”.⁴²⁴

O impulso de legislar em um ambiente democrático que possa gerar leis inteligíveis é um tema instigante. Contudo, antes de prosseguir na temática, cumpre fazer uma distinção entre regras e princípios no âmbito do *superconceito* de norma.⁴²⁵ Para Alexy essa distinção é fundamental não somente para a dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, como também para a organização e o procedimento nas instituições do Estado. É uma forma de compreender a repartição de competências, sobretudo entre o Tribunal Constitucional e o Parlamento. “Princípios são *mandamentos de otimização* que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados”. Em outras palavras, “a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.” Princípios e regras também se distinguem pela forma de solução de conflitos. A antinomia entre regras se resolve pelo critério de validade e, não há graduação de validade, isto é, ou *uma norma jurídica é válida, ou não é*, conforme a fórmula do *all or nothing*. Já a colisão aparente entre princípios é solucionada de forma diversa. Se dois princípios colidem, um terá que *ceder*. Isso não significa que o princípio cedente deva ser considerado inválido. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições.⁴²⁶

Mello define *princípio* como “mandamento nuclear de um sistema, que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência.” Nesse sentido, os princípios são responsáveis por “definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo”.⁴²⁷ Bonavides, por sua vez, classifica os princípios como *normas-chaves* de todo o sistema jurídico; em verdade, são como o *oxigênio*

⁴²⁴ ZINN, Charles J. **Como se fazem as leis norte-americanas**. Publicado pelo Serviço de divulgação e relações culturais dos Estados Unidos da América. S/A, p. 9.

⁴²⁵ Para um maior aprofundamento da temática recomenda-se reportar ao debate entre Dworkin e Hart, sobretudo no que concerne ao caso *Riggs versus Palmer* (Tribunal de Apelação de N.Y, em 1889). Cf. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. HART, H. L.A. **O Conceito de Direito** (pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁴²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-94.

⁴²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 922-923.

das Constituições. “É graças aos princípios que os sistemas constitucionais contemporâneos granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”. Em síntese, os princípios *valem* (em graus distintos), enquanto as regras *vigem*.⁴²⁸

Para Canotilho a norma como gênero possui duas espécies que são os princípios e as regras. Dentre as formas de diferenciação podem ser adotados critérios de especificidade, a saber:

QUADRO 4: CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Critério	Especificidade
Grau de abstração	Os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado que as regras as quais possuem uma abstração relativamente reduzida.
Grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto	Os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto que as regras são suscetíveis de aplicação direta.
Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito	Os princípios são normas de natureza estruturante. Ex. Princípios constitucionais.
Proximidade com a ideia de direito	Os princípios são <i>standards</i> juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz), enquanto as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional.
Natureza normogenética	Os princípios são fundamento das regras, estão na base ou constituem a <i>ratio</i> das regras jurídicas, por isso, desempenham uma função <i>normogenética</i> .

Fonte: Formulado pela autora a partir de: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1146-1147.

Feita essa distinção, importa compreender qual a função dos princípios no processo de elaboração das leis? A resposta a essa indagação tem como ponto de partida os elementos ensejadores do *impulso para legislar*. Almeida define os impulsos legislativos como “os motivos (políticos, jurídicos e sociais) que podem justificar o início do procedimento legislativo”. Com efeito, a *decisão de legislar* é uma questão central no procedimento legislativo ao envolver problemas de natureza jurídica, mas também

⁴²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 287 e 288.

relacionados à formação da *agenda política*. Esses elementos fornecem informações importantes para a compreensão da lei. A decisão de incluir na ordem do dia dos órgãos legiferantes um determinado problema compõe uma questão de *agenda legislativa*. Enquanto que a *agenda política* é entendida, em sentido mais amplo, como o "conjunto de problemas impulsionantes de um debate público ou de uma intervenção ativa das autoridades legítimas."⁴²⁹

De fato, o *impulso para legislar* envolve questões políticas e jurídicas. Assim, no que concerne a este último aspecto, cumpre refletir sobre a importância dos princípios da *razoabilidade* e *proporcionalidade* relativos à constitucionalidade das proposições que adentram o Poder Legislativo. Para Larenz, referidos princípios, em essência, “consubstancia em uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, prudência, moderação, justa medida, bom senso, proibição de excesso” que precedem e condicionam a positivação jurídica e integram as normas de interpretação para a unidade da ordem jurídica.⁴³⁰ Ainda, conforme Inocêncio Coelho, no âmbito do direito constitucional, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade foram acolhidos e combinados com a própria ideia de Estado de Direito, a ponto de impor obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também dos juízes e legisladores. “Essa interdependência se manifesta, sobretudo nas colisões entre valores e bens igualmente protegidos pela constituição e só podem ser resolvidos de modo justo e equilibrado.” Nessa arena pode o intérprete se valer da *proporcionalidade em sentido estrito*, a qual é indissociável da ponderação de bens, como também da *adequação* e da *necessidade*, que compõem a proporcionalidade em *sentido amplo*.⁴³¹ E, de resto, como é comum a todos os instrumentos hermenêuticos que estes sejam “manejados à luz do caso concreto, naquele

⁴²⁹ ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In **Anais do Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 87.

⁴³⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 585-586. LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1993, p. 144-145.

⁴³¹ COELHO, Inocêncio. Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. In MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio. BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 142.

interminável balançar de olhos entre objeto e método, realidade e norma, para recíproco esclarecimento, aproximação e explicação”.⁴³²

Em sede de controle de constitucionalidade, o STF já se pronunciou sobre a necessidade de observância dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade no processo de formulação das leis, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal, em seu sentido material ou substantivo.⁴³³ Assim, por ocasião do julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2667/DF cuja relatoria coube ao Ministro Celso de Mello, restou decidido:

“[...] Todos os atos emanados do poder público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade. **As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “substantive due process of law”.** Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade. A exigência de razoabilidade qualifica-se como parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. **A exigência de razoabilidade - que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas - atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. Aplicabilidade da teoria do desvio de poder ao plano das atividades normativas do estado. A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações**

⁴³² COELHO, Inocêncio. Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. In MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio. BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 142-143. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 323.

⁴³³ O devido processo legal em sentido material ou substantivo é o “princípio por meio do qual se controla o arbítrio do Legislativo e a discricionariedade dos atos do Poder Público. É por seu intermédio que se procede ao exame da razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral”. BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 214. Já o devido processo legal em sentido formal, adjetivo, ou processual significa “a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes”, como o contraditório, ampla defesa, dentre outras garantias e direitos processuais. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2002.

normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar⁴³⁴ (grifo nosso).

Verifica-se que, para a ordem constitucional brasileira, os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, associados ao princípio do *substantive due process of law*, representam uma exigência no desempenho da função legislativa. Contudo o entendimento constante do referido julgamento enseja uma outra reflexão, se há limites para a atuação legislativa, como conformá-los com o *princípio da não controlabilidade do espaço de prognose legislativa*.⁴³⁵ Referido princípio radica no fato de que o *espaço de prognose legislativa* é incompatível com qualquer controle jurídico-constitucional.⁴³⁶ Isso significa que o legislador é livre para conformar os problemas sociais às criações legislativas, quando se está diante de um campo de *incertezas científicas*, por exemplo em temas sobre a biossegurança e bioética, sem perder de vista o princípio da precaução que, aplicável ao legislador, representa uma garantia contra os *riscos potenciais* que o atual estado de conhecimento não permite precisar. Assim, diante da ausência de certeza científica, é preciso a implementação de medidas que possam contornar eventuais danos.⁴³⁷ Por exemplo, não caberia intervenção judicial, ainda na coleta de dados, em juízo de prognose, para a apreciação por parte do legislador dos avanços no campo da bioética. Contudo, há que se reconhecer que o *déficit* na análise de fatos em prognose pelo legislador no campo da incerteza fática poderá levar à

⁴³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. **ADI nº2667/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em: 19.06.2002. Acórdão, DJ 12.03.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2667%20&processo=2667>>. Acesso em 23 abr. 2013.

⁴³⁵ “Ao elaborarem normas legislativas, os legisladores levam em consideração os fatos legislativos e prognoses realizadas. Apesar de o conceito de fato legislativo não ser muito preciso, certo ser mais amplo do que o de mera questão de fato, representando todo e qualquer “fato real” (*realer sachverhalt*) que tenha relevo para a aplicação de uma norma, incluindo documentos apresentados no processo legislativo, estudos, e o próprio processo legislativo. Por sua vez, a palavra prognose está ligada a prognóstico, que vem significar, em sua etimologia, vinda do latim, pro (antecipado, prévio) e *gnosticu* (alusão ao conhecimento de alguma coisa). Prognose, nesse sentido, seria uma antecipação de um conjunto de circunstâncias de fato que, conforme *iter* normal dos acontecimentos, e tomando dados atuais da realidade, iriam se confirmar, mostrando de relevância a sua regulação pelo legislador.” AFFONSO, Flávia Martins. **O conceito indeterminado de prognose e a lei 12.401/2011**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/16091849>. Acesso em 23 abr. 2013.

⁴³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1300.

⁴³⁷ CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. **Democracia e Biossegurança de OGM: um debate técnico, jurídico e social**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 142.

criação de uma lei inconstitucional.⁴³⁸ Em vista desse risco, quando mais participativo e deliberativo for o processo de criação, maior será a divisão da responsabilidade política do mandatário e maior o critério de segurança jurídica. As audiências públicas no âmbito das comissões de mérito podem ser um valioso instrumento de auxílio para a *prognose legislativa*, conforme está previsto no art. 255 do RICD⁴³⁹ e também no art. 93 do RISF.⁴⁴⁰ Em verdade, se há um campo maior de liberdade do legislador para a formação de prognoses diante das incertezas jurídicas, o mesmo não se pode dizer da discricionariedade no exercício do poder legislativo.

"Legislar é fazer experiências com o destino humano".⁴⁴¹ O legislador é demandado a legislar em razão de uma variedade de exigências contidas nas esferas sociais. Contudo, o exercício da competência legislativa "implica responsabilidade e impõe ao legislador a tarefa de concretizar genericamente a vontade dos representados, como lhe cumpre, igualmente, a função de colmatar as lacunas ou corrigir os defeitos identificados na legislação em vigor."

⁴⁴² Acomodar conflitos no espaço limitado de um texto normativo revela a complexidade da atividade e a tarefa delicada do legislador. Com efeito, os riscos que envolvem a atividade legislativa de ordenar normativamente uma sociedade cobra do legislador uma atitude prudente, contrária aos excessos que podem causar desordem nas esferas sociais (jurídicas, políticas, econômicas, entre outras).

Mas o que seriam esses excessos?

⁴³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. Revista Jurídica Virtual da Presidência da República. Brasília, Brasília, vol. 1, n. 8, janeiro 2000.

⁴³⁹ "Art. 255. Cada Comissão poderá realizar reunião de audiência pública com entidade da sociedade civil para instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante, atinentes à sua área de atuação, mediante proposta de qualquer membro ou a pedido de entidade interessada." BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

⁴⁴⁰ "Art. 93. A audiência pública será realizada pela comissão para: I – instruir matéria sob sua apreciação; II – tratar de assunto de interesse público relevante. § 1o A audiência pública poderá ser realizada por solicitação de entidade da sociedade civil." BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno do Senado Federal**. Brasília: Senado Federal, 2015.

⁴⁴¹ JAHREISS, Hermann. Groesse und Not der Gesetzgebung. 1953. p. 5, citado por MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**. Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999.

⁴⁴² MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**. Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999.

Prima facie, há que se reconhecer no que concerne à matéria normativa, o vasto campo de criação do legislador. Contudo, essa *presunção de liberdade* da atividade legislativa esta adstrita ao *princípio da necessidade*. Significa dizer, “a promulgação de leis supérfluas pode configura *abuso do poder de legislar*.” No contexto de um Estado Democrático de Direito torna-se imperioso que se evite leis que reduza ou restrinja, imotivada ou desnecessariamente, a liberdade de ação no âmbito social. Em sentido mais amplo, a constitucionalidade de uma lei não está somente na obediência aos preceitos contidos na Constituição, o que também inclui o devido processo de formação, mas pode-se reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei por “estabelecer restrições dispensáveis”.⁴⁴³ Nesse sentido, a doutrina do *desvio do poder legislativo* (*excesso di potere legislativo*) incide sobre os vícios materiais no processo de criação da lei, em outras palavras, é possível que o vício de inconstitucionalidade substancial constante de uma proposição decorra do *desvio de poder*.⁴⁴⁴ Trata-se de uma proposta teleológica que consiste em *confrontar a lei consigo mesma* e com os fins constitucionalmente previstos, ou ainda, constatar a observância do princípio da proporcionalidade e, se configurado o desvio, cabe a *censura judicial* quanto à adequação e a necessidade do ato legislativo.⁴⁴⁵ Essa doutrina tem fundamento na transferência para o campo legislativo da figura dos *desvios do poder nos atos administrativos discricionários*.⁴⁴⁶ Rui Barbosa distingue poder discricionário como aquele que:

“Tem por objeto a apreciação de conveniências, transitórias ou permanentes, mas sempre de natureza geral. São considerações de interesse comum, de utilidade pública, de necessidade ou vantagem nacional, requerendo uma autoridade mais ou menos arbitrária, subordinada a competência dos que exercem os freios da opinião pública e

⁴⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**. Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999.

⁴⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1062. Cf. ainda: Jorge Miranda, **Manual de Direito Constitucional**; Piero Calamandrei, **La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile**; Gustavo Zagrebelski, **La giustizia costituzionale**; A. Pizzorusso, **Il controllo della corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa**; A Bockel, **Le pouvoir discrétionnaire du législateur**.

⁴⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1062. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1302.

⁴⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1302.

da moral social, mas autônoma numa vasta órbita de ação, dentro do qual a discricção do legislador e do administrador se move livremente”.⁴⁴⁷

Para Mello a discricionariedade “é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um comportamento cabível perante o caso concreto”. Essa escolha deve refletir na “solução mais adequada à satisfação da finalidade legal”.⁴⁴⁸ Com efeito, em linhas gerais, o desvio de poder ocorre quando “a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou.”⁴⁴⁹ Trata-se de uma violação *moral* da lei.⁴⁵⁰ E nesse sentido, diante desse quadro, estaria autorizado o “Poder Judiciário a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar dos fins de interesse público definido na lei”.⁴⁵¹ Jorge Miranda compreende a importância da noção de desvio de poder com uma forma de *sindicabilidade* dos atos do Poder Legislativo, assim nas suas palavras:

“A Constituição permite ao legislador escolher o tempo e as circunstâncias da sua intervenção e determinar ou densificar o seu conteúdo, desde que respeitados os fins, os valores e os critérios constitucionais. E a estrutura dos princípios e das normas programáticas implica mesmo alternativas variáveis de concretização. [...] Só recorrendo à noção de desvio de poder legislativo pode aperceber-se o que seja a violação dos princípios constitucionais, como o da igualdade e o da proporcionalidade; ou a violação de normas programáticas; e, em geral, de normas não exequíveis por si mesmas, as quais não apenas proíbem a prática de comportamentos contrários como fixam diretivas para o legislador ordinário. Só através da noção de desvio de poder legislativo pode sindicarse o uso das autorizações constitucionais de restrições e de suspensão de direitos fundamentais. Só através dela pode sindicarse o respeito pelo Parlamento da obrigação de definir bases gerais, regimes gerais ou enquadramento de certas matérias; ou a obrigação de definir o sentido das delegações ou autorizações legislativas.”⁴⁵²

Caio Tácito argumenta que a ideia de aplicar a teoria do desvio de poder para o campo do controle dos atos legislativo é fundamentada na constatação de que, tanto a

⁴⁴⁷ BARBOSA, Rui. **O direito do Amazonas ao Acre Septentrional**. Rio de Janeiro, Typ. do "Jornal do Comércio", 1910, Vol. I, p. 164-165.

⁴⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 855.

⁴⁴⁹ DI PIETRO, Maria Silva Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 211.

⁴⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 110.

⁴⁵¹ DI PIETRO, Maria Silva Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 211.

⁴⁵² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 425/453.

atividade administrativa, quanto à legislativa são finalísticas e, portanto, controlável quanto a finalidade e a competência.⁴⁵³

Contudo, o conceito de poder discricionário trabalhado pela doutrina administrativa, mas aplicável à atividade legiferante depara-se com certas objeções, conforme aponta Canotilho: i) inversão conceitual no plano metodológico, isto é, a lei passa a ser uma mera execução da constituição em virtude da existência de discricionariedade; ii) natureza da legislação no Estado Democrático de Direito: a liberdade de conformação de um legislador democraticamente legitimado, não se compadece com uma estreita liberdade executiva, antes dispõe, em virtude da sua base de legitimidade, de uma real liberdade de conformação política nos limites das normas constitucionais determinantes. No mesmo sentido, aponta-se a diferença na qualidade de legitimação entre o legislador e a administração: apenas aquele e não esta beneficia, no Estado Democrático de Direito, de uma legitimação imediata através da decisão majoritária do povo; iii) o sentido concreto de discricionariedade: no campo legislativo, excessos seriam questões eminentemente políticas, não solucionáveis através dos conceitos tradicionais de discricionariedade; iv) Discricionariedade e individualização de fins: entre a discricionariedade administrativa e legislativa haveria uma diferença de graus. Nesse sentido, haveria maior dificuldade em definir os contornos do abuso ou vício do poder discricionário legislativo, em virtude da esfera de conformação legislativa ser mais ampla que a da administração.⁴⁵⁴ Para Santos, o principal problema da aplicação da teoria do desvio de poder legislativo está no fato de que a discricionariedade e os fins dos atos legislativos não são conceitos próprios do direito constitucional, o que poderia ocasionar aplicações distorcidas na realidade legiferante.⁴⁵⁵

Barros recorda que no Brasil, em 1951, o Ministro Orozimbo Nonato sustentou, no âmbito do STF, que a lei que estabelecia na cidade de Santos/SP um imposto de licença

⁴⁵³ TÁCITO, Caio. **Desvio de poder legislativo**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, v. 1, p. 66, 1993.

⁴⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**: contributos para a compreensão das normas programáticas. Coimbra: Coimbra editora, 1994, p. 219- 22.

⁴⁵⁵ SANTOS, Gustavo Ferreira. Excesso de poder no exercício da função legislativa. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 140 out./dez. 1998, p. 283-294.

sobre as cabines de banho era inconstitucional, pois segundo seu entendimento, “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir”.⁴⁵⁶

Com efeito, a intervenção jurisdicional em sede de controle preventivo de constitucionalidade no que concerne ao desvio do poder legislativo é um tema tormentoso. O entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal é pelo indeferimento de Mandado de Segurança que tem por finalidade a análise de inconstitucionalidade material (aspecto substantivo do ato/proposição). Em síntese são arguidos três motivos: i) a prevalência da Súmula 266/STF de 13/12/1963 que não comporta o cabimento de MS contra lei em tese e; ii) A 'lei' só poderá ser atacada depois de sua existência (vigência), em sede de controle repressivo;⁴⁵⁷ iii) Ofensa à tripartição de poderes, consoante o entendimento exposto no Acórdão do MS 32.033- DF, Rel. Ministro Teori Zavascki publicado em 20.06.2013:

“A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de opor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico.”⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p.99.

⁴⁵⁷ “[...] Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 32.033**, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Teori Zavaski, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, Processo Eletrônico DJe-033 divulg 17-02-2014 public 18-02-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2832033%2EENUME%2E+OU+32033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pk77ezf>>. Acesso em: 28 fev. 2015, p. 2.

⁴⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 32.033**, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, Processo Eletrônico DJe-033 divulg 17-02-2014 public 18-02-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2832033%2EENUME%2E+OU+32033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pk77ezf>>. Acesso em: 28 fev. 2015, p. 2.

Não obstante ao entendimento majoritário do Tribunal, Mendes defende que a inconstitucionalidade por *excesso de poder* não configura a hipótese de sindicalização dos motivos internos da vontade do legislador (*motivi interior della volizione legislativa*). Como também não se cuida de investigar exclusivamente a finalidade da lei (mérito do ato legislativo), invadindo seara reservado ao Poder Legislativo.⁴⁵⁹ *Mutatis mutandis*, o âmbito de liberdade de conformação legislativa não é *in totum* absoluto, trata-se de um ato vinculado. Referida vinculação da lei decorre da Constituição e sua finalidade imanente impõe limites materiais da *não contrariedade*, *razoabilidade* e *congruência*.⁴⁶⁰ Em verdade, o excesso de poder é melhor compreendido à luz da teoria alemã, pautada na *liberdade de conformação do legislador*. Através desse entendimento, a atuação no âmbito legislativo traduz ao um só tempo a ideia de liberdade e limitação. Em outras palavras, “reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro dos limites estabelecidos pela Constituição.” Por outro lado, a liberdade do legislador contempla o dever de legislar de acordo com os princípios da proporcionalidade e da proibição de excesso. Referidos princípios, na realidade alemã, possuem a qualidade de norma constitucional não escrita, mas derivadas do Estado de Direito. Dessa forma, a utilização desses princípios no Direito Constitucional envolve a apreciação da necessidade e da adequação do ato legislativo.⁴⁶¹

Em linhas gerais, a transposição da doutrina do *excesso do poder legislativo* deve ser feita com cautela para efeitos de uma técnica de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade pela via do Mandado de Segurança. Nesse sentido, a legisprudência pode ser um instrumento de controle e conformação do diálogo tenso entre judiciário (inserido nos limites da jurisdição) e legislativo (em seu espaço de prognose legislativa), considerando ser a tarefa de criação da lei um saber poligenético, sobretudo no que concerne à guarda dos preceitos constitucionais. Na seara da teoria da lei, a existência de vícios de mérito pode ser também compreendida à luz da legística material. Referida técnica pauta-se em critérios para assegurar que a nomogênese da “lei observe requisitos de

⁴⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1064.

⁴⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1302.

⁴⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1064-1065.

qualidade e validade que lhes permitam preencher adequadamente e, com eficiência, os seus objetivos operacionais”.⁴⁶² Essas questões constituem objeto de reflexão nos tópicos a seguir desenvolvidos.

2.3 A contribuição da legística para a teoria e a prática sobre a qualidade legislativa

“[...] Acredito que a legislação e as legislaturas têm má fama na filosofia jurídica e política, uma fama suficientemente má para lançar as dúvidas quanto a suas credenciais como fontes de direito respeitáveis. Se essa má fama é ou não merecida por causa das extravagâncias, passadas e presentes, digamos, dos membros da Câmara dos Comuns britânica ou das duas casas do Congresso dos EUA é uma questão sobre a qual não me pronunciarei. Isso porque o problema que percebo é que nem sequer desenvolvemos uma teoria normativa da legislação que pudesse servir como base para criticar ou corrigir tais extravagâncias. Mais importante, não possuímos um modelo jurisprudencial capaz de compreender normativamente a legislação como a forma genuína de direito, a autoridade que ela reivindica e as exigências que faz aos outros atores em um sistema jurídico. Nosso silêncio nessa questão é ensurdecedor se comparado com a loquacidade sobre o tema dos tribunais. Não há nada sobre legislaturas ou legislação na moderna jurisprudência filosófica que seja remotamente comparável à discussão da decisão judicial.”⁴⁶³

A preocupação com o conteúdo da lei não é algo recente, mas remonta à antiguidade. Na antiguidade clássica, para Platão os homens deveriam temer ao julgamento de uma ordem divina; assim, descumprir um preceito poderia representar uma punição para o além vida. Contudo, caso o temor à ordem divina não fosse suficiente para impedir o mortal de descumprir a lei, caberia à lei humana, em seu elemento coercitivo, ser um

⁴⁶² FERREIRA, Filho. Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 324.

⁴⁶³ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1. Introdução.

prenúncio do julgamento de Hades.⁴⁶⁴ A arte de legislar remonta à experiência dos *tesmótetas atenienses* encarregados de rever a legislação e examinar eventuais antinomias. Cumpre ainda registrar a tradição romana de consolidação em único texto das leis dispersas.⁴⁶⁵

O *iter* que permeia a *arte de legislar* até a *ciência da legislação*, demonstra que, para o homem medieval, não era a lei que se apresentava como *boa*, mas sim o homem intérprete que era qualificado como *bom*. A observação da lei pelo homem constituía um bem para a coletividade, não seu inerte conteúdo propriamente dito. Na modernidade, com o fortalecimento dos Estados Nacionais, há uma transformação quanto ao conteúdo da lei. Assim, se “toda lei é justa, Hobbes dirá que o problema é descobrir a lei que é boa, útil e eficaz”.⁴⁶⁶

Em 1748, Montesquieu publica a obra *De l'Esprit des Lois*. Trata-se de um importante trabalho também no que concerne à redação da lei. Assim no Livro XXIX, o título do capítulo I, indica sobre a *maneira de elaborar as leis*. Nas palavras de Montesquieu:

“Eu o digo e, parece-me que só faço esta obra para prova-lo: o espírito de moderação deve ser o do legislador; o bem político, como o bem moral, encontra-se sempre entre dois limites. Eis o exemplo disso: as formalidades da justiça são necessária para liberdade. Mas, o número delas poderia ser tão grande que iria de encontro à finalidade das mesmas leis que as teriam estabelecido: as questões não teriam fim: a propriedade dos bens ficaria incerta; dar-se-ia, sem exame, a uma das partes o bem da outra ou se arruinariam todas as duas de tanto examinar. Os cidadãos perderiam sua liberdade e segurança; os acusadores não mais teriam meio para convencer, nem os acusados meio para justificar-se.”⁴⁶⁷

Ainda no Capítulo II do referido Livro, Montesquieu indaga se as leis mais cruéis são as melhores? E especificamente, no Capítulo XVI, o autor discorre sobre as *coisas a observar*

⁴⁶⁴ PLATÃO. **As leis**. Bauru: Edipro, 1999. Ainda sobre o tema: CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A Justiça Platônica a partir de Kelsen perante o Tribunal da Ciência. In: **As faces da Justiça: análise de teorias contemporâneas de justiça**. LOPES, Carla Patrícia F. Nogueira; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva (Orgs). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 15.

⁴⁶⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 37. CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Brasília: Kiron, 2011.

⁴⁶⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre poder, a liberdade, a justiça e o direito**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 87

⁴⁶⁷ MONTESQUIEU, Charles Loius de Secondat, Baron de la Brède et de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

na composição das leis. Em síntese, deve-se primar por: i) um estilo conciso e simples; ii) a lei não deve conter expressões vagas; iii) as leis são feitas para as pessoas de entendimento médio e; iv) as leis inúteis enfraquecem as leis necessárias.

Importa ainda destacar o pensamento de Stuart Mill como um dos precursores a sugerir a criação de um *Conselho Legislativo* especializado e capacitado para escrever as leis. Referido Conselho composto de *experts* atuaria ao lado do parlamento. De fato, a técnica legislativa de qualidade exige a atuação de especialistas. Advertia Mill que fazer leis é obra que exige experiência e prática, como também, “longos e laboriosos estudos por espíritos adestrados.”⁴⁶⁸

Ainda no contexto de reflexões sobre a qualidade das leis, a obra *La scienza della legislazione* de Gaetano Filangieri⁴⁶⁹ representa um marco na criação de mecanismos de “vigilância técnica permanente sobre a legislação produzida”.⁴⁷⁰ Filangieri acreditava que um plano sistemático de reforma geral da legislação levaria a uma *reforma da humanidade* e da felicidade em sua vertente utilitarista através de uma *revolução pacífica* liderada por um monarca. Sobre esse aspecto, Benjamin Constant teceu extensos comentários (*Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri*), na edição francesa da *Ciência da Legislação* de 1822.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ MILL, John Stuart. **Considerações sobre o Governo Representativo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

⁴⁶⁹ “[...] O que são os únicos objetos que até recentemente ocupavam os soberanos da Europa? Um arsenal formidável, numerosas artilharia, uma tropa, cálculos, [...] para a solução de um problema: encontrar uma maneira de matar o maior número de pessoas no menor tempo possível [...]. É mais de meio século que a filosofia declama contra essa mania militar [...]. A cena mudou [...], as boas leis são o único suporte de felicidade nacional [...]. A nação não é mais um escravo, e eu não tenho os tiranos mais nobres [...]. Para este fim, a filosofia veio para o resgate dos governos [...]. Tudo mudou. [...] Europa [...] durante onze séculos, o teatro de guerra e discórdia [...] hoje se tornou a sede da tranquilidade e da razão [...], mas ninguém nos deu um sistema mais completo e racional da lei [...]. Isto é o que eu me comprometo a fazer neste trabalho, intitulado ‘a Ciência da Legislação’. FILANGIERI, Gaetano. **La scienza della legislazione del Gaetano Filangieri**. Tomo 1. (1780), Introdução. Napoli: nella Stamperia Raimondiana, 1780-1785. 7 v. e 1791 vol. 8 (póstumo).

⁴⁷⁰ Conforme estudos de MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 39. Para quem: “Filangieri era um realista do jusracionalismo monárquico do período iluminista que considerava os homens tal como eram e não como deveriam ser, tendo sua obra editada em 1784 sido consultada por Benjamin Franklin, como fonte cognitiva para a elaboração da futura Constituição norte americana. O autor propunha a instituição do ‘censor de leis’, uma magistratura de natureza consultiva que se deveria ocupar da perfeição dos atos legislativos, evitando a sua corrupção e caducidade”. MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 40.

⁴⁷¹ Disponível em: <<http://www.filosofia.unina.it/longocioffi/filangieri.html>>. Pagano enfatiza que Filangieri não se ocupava especificamente com a técnica de redação da lei, mas com o reconhecimento da necessidade de

Diante desse cenário de desenvolvimento há que se fazer uma ressalva no que concerne ao Constitucionalismo clássico. Entre os anos de 1787 e de 1789, a preocupação com o conteúdo da lei, enquanto aspecto material e tema eminentemente político divide espaço com a devida atenção ao processo de sua elaboração, em sua dimensão técnica-formal. Assim, à luz do modelo constitucional clássico a lei não passa de “um ato elaborado de acordo com o procedimento previsto pela Constituição”.⁴⁷² Por força da obediência ao *devido processo legal* e, por conseguinte, às regras da maioria para formação da vontade, as decisões do legislador são dotadas de presunção (mesmo que relativa) de coerência entre a *vontade geral* e os mandamentos da razoabilidade enquanto motivos ensejadores da criação de uma lei. Essa constatação poderia expressar uma tautologia, qual seja, a lei é legítima porque segue a lei. Em outros termos, a legitimidade da lei se resolve com a legalidade. “A questão da justiça é afastada como metajurídico”.⁴⁷³ Com efeito, se no triunfar do constitucionalismo clássico, a lei se reputava como expressão da vontade geral, nas democracias contemporâneas, a lei representa uma vontade política cambiante, como mutável são as maiorias.⁴⁷⁴ Da concepção de *vontade geral* à vontade dos partidos, o conteúdo da lei ganha relevo com as teorias da legislação. E é sob esse aspecto que se desenvolvem os postulados da tese.

O desenvolvimento de critérios sistematizados de controle de constitucionalidade no âmbito do processo político de formação das leis aparenta ser uma prática que tangencia vários ordenamentos jurídicos.⁴⁷⁵ A *arte* de se fazer boas leis implica no desenvolvimento de técnicas especializadas. Essa realidade tende aproximar os dois grandes sistemas do

uma valoração de seu conteúdo aos moldes dos *tesmotestas atenienses*. PAGANO, Rodolfo. **Introduzione ala legística l'arte di preparare le leggi**. Milano: Giuffré Editore, 2004, p. 7.

⁴⁷² FERREIRA, Filho. Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98.

⁴⁷³ SARTORI, Giovanni. **Teoria democrática**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965, p. 326.

⁴⁷⁴ FERREIRA, Filho. Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101.

⁴⁷⁵ Conforme aponta Mendes: “Mencione-se, a propósito, o modelo de provas estabelecido pelo Regimento Comum dos Ministérios Federais da Alemanha (*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien* – GGO II, art. Parágrafo 23, (2)), que tenta fornecer um elenco de questões básicas que devem ser analisadas no exame da constitucionalidade da proposta legislativa. Da existência desse novo contexto político-normativo, estamos a discutir, no âmbito do Poder Executivo federal, a eventual introdução de uma “*checklist*” semelhante, inspirada diretamente naquela fixada pelo Regimento Comum alemão, com o objetivo de que se exercite um controle cada vez mais rigoroso sobre constitucionalidade dos projetos de lei e de atos normativos no âmbito da própria Administração.” MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**. Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999.

ocidente, o *Common Law* e tradição Romano-Germânica. Estratégias para se contornar a ambiguidade (*ambiguity*) do texto da lei e, portanto delimitar critérios de interpretação compartilham experiências em diferentes contextos. A contribuição da doutrina alemã é representada pela obra de Robert Von Mohl (*Politik*, 1862), a partir da crítica sobre a literatura jurídica especializada no problema da legislação que não diferenciava entre “os princípios reitores do conteúdo dos atos normativos (*ciência da legislação*) e as regras procedimentais de produção legislativa (*arte de legislar*)”.⁴⁷⁶ Essa distinção é responsável na contemporaneidade por estabelecer a distinção entre legística material e legística formal como se verá adiante.

Destaca-se ainda no século XIX, os trabalhos de Bentham, “Normografia ou arte de fazer Direito e Princípios de Moral e Legislação”, cuja tônica recai na racionalização do conteúdo da legislação, “com a utilização da estatística e dos meios para realização do princípio da utilidade (percussor da avaliação prospectiva, análise custo-benefício e legislações experimentais)”.⁴⁷⁷ No contexto de uma concepção utilitarista, “o meio apto a maximizar os prazeres e reduzir as penas seria a *boa legislação*”, a ser alcançada por um todo sistemático e orgânico de normas (modelo de codificação) e elaborada segundo princípios como o da utilidade, “compreendido como a adequação entre a proteção contra o que causa a dor e a procura do prazer.”⁴⁷⁸

Em 1927, Carleton Kemp Allen, no trabalho intitulado “*Law in the making*”, atenta para o processo de construção do Direito e a peculiar tarefa do Legislador para *fulminar de generalização* um conteúdo por meio da criação de uma lei. O direito legislado (*Statute law*) enquanto fonte guarda sua aplicação aos *factos vivos* pelos tribunais. Com efeito, o direito comum é trabalho dos legisladores e dos juízes.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 40. MADER, Luzius. **L’ Evaluation Legislative**, Lausanne, 1985, p. 11.

⁴⁷⁷ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan./jul., 2007, p. 134.

⁴⁷⁸ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje..** Coimbra: Almedina, junho 2009, p. 245.

⁴⁷⁹ ALLEN, Carleton Kemp. **Law in the Making**. New York, Oxford University Press, 1927. pp. xxiv, 388.

O contexto da República Democrática da Itália, delimitado a partir da Constituição de 1947, também constitui um marco importante no que concerne à preocupação com a lei.⁴⁸⁰ O aumento crescente da legislação ordinária (*L'iperproduzione legislativa*) e o seu descompasso entre os pontos de vistas técnico-jurídico e político-econômico constituem um cenário *caótico* da produção legislativa. Assim, no marco da doutrina Italiana, a obra de Mario Longo representa um alerta quanto à necessidade de criação de uma disciplina autônoma da *Ciência da Legislação* nos cursos de Direito, com o escopo de estudar a fundo esse complexo fenômeno que transcende à técnica de produção legislativa e englobar também estudos sobre a Ciência Política e da Sociologia.⁴⁸¹ O contexto instaurado no período do pós-guerra e diante dos efeitos do *intervencionismo legislativo* do Estado social conduz a um debate sobre a *crise da lei* e o papel das universidades na análise dos *sintomas* e da *terapia* para esse estado de *hiperprodução* legislativa.⁴⁸² A má-qualidade técnico-jurídica da lei hipoteticamente formulada poderia encontrar reparos na empiria laboratorial proporcionada pelos domínios da *Ciência da Legislação*. Mario Longo aponta um precedente didático desenvolvido pelo professor John W. MacDonald⁴⁸³, na Universidade norte americana de Ithaca (*Cornell University*). O programa da disciplina foi publicado na revista *Il diritto dell' economia* em 1960.⁴⁸⁴ O curso de *Ciência da Legislação* teria como conteúdo os

⁴⁸⁰ A Constituição de 1947 foi promulgada em 27 de dezembro daquele ano, mas somente entrou em vigor em 01 de Janeiro de 1948, conforme o previsto no artigo XVIII do ADCT, *litteris*: "XVIII- La presente Costituzione è promulgata dal Capo provvisorio dello Stato entro cinque giorni dalla sua approvazione da parte dell'Assemblea Costituente, ed. entra in vigore il 1° gennaio 1948. Il testo della Costituzione è depositato nella sala comunale di ciascun Comune della Repubblica per rimanervi esposto, durante tutto l'anno 1948, affinché ogni cittadino possa prenderne cognizione. La Costituzione, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti della Repubblica. La Costituzione dovrà essere fedelmente osservata come Legge fondamentale della Repubblica da tutti i cittadini e dagli organi dello Stato." **ITALIA. Costituzione Della Repubblica Italiana de 1947.** Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>>. Acesso em: 07 de out. 2014. Registra-se, ainda, os estudos de Raul Machado Horta sobre "Atos das Disposições Constitucionais Transitórias". (Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1428/1357>>. Acesso em 07 de outubro de 2014)

⁴⁸¹ LONGO, Mario. Per la fondazione di una scienza della legislazione. In **Il diritto dell' economia**: Rivista quadrimestrale di dottrina giurisprudenza e documentazione, 1960, p. 583.

⁴⁸² LONGO, Mario. Per la fondazione di una scienza della legislazione. In **Il diritto dell' economia**: Rivista quadrimestrale di dottrina giurisprudenza e documentazione, 1960, p. 584.

⁴⁸³ Trata-se de um autor muito influente na experiência norte-americana, sobretudo no que concerne ao processo legislativo e os saberes associados à legislação. Cf.: John W. MacDonald, *Legal Research Translated into Legislative Action*, 48 Cornell L. Rev. 401 (1963).

⁴⁸⁴ LONGO, Mario. Per la fondazione di una scienza della legislazione. In **Il diritto dell' economia**: Rivista quadrimestrale di dottrina giurisprudenza e documentazione, 1960, p. 587.

estudos sobre: i) História e jurisprudência, ii) organização legislativa; iii) critérios formais de elaboração de atos legislativos, iv) *lobbying (case studies)* sobre legislação da Federação e dos Estados, v) procedimento legislativo, vi) métodos de garantia da eficiência das leis e, vii) métodos de interpretação.⁴⁸⁵

Contudo, em que pese a importância do tema, a proposta de inauguração de uma cadeira específica de *Ciência da Legislação* nos cursos de licenciatura em Direito na Itália não foi colocada em prática em sua totalidade pela comunidade acadêmica dos anos 60.⁴⁸⁶ Moraes descreve a *nota amarga* a partir das críticas que Longo sofreu em sua tentativa de se estabelecer essa disciplina. A principal resistência foi atribuída ao rótulo de juristas que confinados em seus isolamentos se atreviam a estudar a política, eram os chamados *destiladores de fórmulas dogmáticas*.⁴⁸⁷

Transpostas certas barreiras de resistência, a catálise da *Ciência da Legislação* e o estudo da qualidade da técnica legislativa, não apenas no que concerne a qualidade redacional, como também a avaliação e os fundamentos quanto a decisão de legislar, convidou a doutrina especializada e o próprio poder político a refletir e aplicar a delimitação do conteúdo da futura norma.”⁴⁸⁸ Fruto dessa conscientização é o estudo sobre a *Legística*. A legística, enquanto *arte* para o desenvolvimento de manuais para elaboração de leis e como a acurácia da mensuração dos possíveis efeitos de uma norma apresenta como marco, o trabalho “*Materials and problems on legislation*” publicado por Julius Cohen em 1949.⁴⁸⁹ O trabalho de Cohen envolve, além da cautela quanto o conteúdo e a forma da lei (“o delineamento da legislação”), temas como: “Mensurando a eficácia da legislação proposta”; “Auferindo o sentido da linguagem da lei”; “A integração da política pública: as leis como princípios”; “O advogado legislativo: o lobista, o estrategista e o defensor”; “Problemas

⁴⁸⁵ LONGO, Mario. Per la fondazione di una scienza della legislazione. In **Il diritto dell' economia**: Rivista quadrimestrale di dottrina giurisprudenza e documentazione, 1960, p. 587 e ss. MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. pág. 44.

⁴⁸⁶ RIZECK JÚNIOR, Rubens Naman. **O processo de consolidação e organização legislativa**. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

⁴⁸⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. pág. 45-46.

⁴⁸⁸ FRAGA, Ana. VARGAS, Ana. Da qualidade da legislação ou de como o legislador pode ser um fora-da-lei. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 59-102, jan./dez., 2007, p. 62.

⁴⁸⁹ COHEN, JULIUS. **Materials and problems on legislation**. 2. ed. - Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1967.

relativos a investigações pelo legislativo”. Nesse sentido, referida obra transcende a legística e inclui também aspectos pertinentes diretamente à atuação parlamentar.⁴⁹⁰

No campo do poder político, sobretudo no que concerne ao Poder Executivo, entre o final da década de 60 e início da década de 70 houve na Europa uma crescente preocupação com a redação e a sistematização das normas. Nesse contexto surgiram guias e diretrizes oficiais para a produção de textos legislativos, com destaque para: i) Manual de instruções criado pelo Gabinete do Primeiro Ministro da Suécia em 1969, ii) Decreto do Conselho de Ministros de 1979, na Áustria, iii) O regimento conjunto dos ministérios federais (GGOII) na Alemanha em 1976.⁴⁹¹ No Brasil, o esforço para a instituição de técnicas legislativas auxiliares à redação de leis pode ser verificado, em um primeiro momento, a partir da obra de Hésio Fernandes Pinheiro, intitulada “Técnica Legislativa e as Constituições e Leis Constitucionais do Brasil,” publicada originalmente em 1945.⁴⁹² Um longo lapso temporal separa a obra de Pinheiro da publicação da Lei Complementar (LC) n.º 65 de 26 de fevereiro de 1998.⁴⁹³ Referida LC dispõe sobre “a elaboração, redação, alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da CF/88⁴⁹⁴ e

⁴⁹⁰ FERREIRA, Filho. Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 322.

⁴⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Relatório sobre o programa conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação**. BFDUC, vol. LXVIII, 1987. MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 47.

⁴⁹² PINHEIRO, Hésio Fernandes. **Técnica legislativa e as constituições e leis constitucionais do Brasil**. Rio de Janeiro: A. Noite, 1945. Republicado no Rio de Janeiro pela editora Freitas Bastos em 1962.

⁴⁹³ No concerne à alteração das leis, aponta-se o conteúdo do art. 12, inc. III, alínea ‘c’: “Art. 12. A alteração da lei será feita: III - nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras: c) é vedado o aproveitamento do número de dispositivo revogado, vetado, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou de execução suspensa pelo Senado Federal em face de decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo a lei alterada manter essa indicação, seguida da expressão ‘revogado’, ‘vetado’, ‘declarado inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal’, ou ‘execução suspensa pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal’; (Redação dada pela Lei Complementar nº 107, de 26.4.2001). Consoante o previsto no art. 18 das disposições finais: “Art. 18. Eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento.” BRASIL. **Lei Complementar n.º 95** de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 28 fev. 2015.

⁴⁹⁴ “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.” BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona.” Desta lei, destaca-se o capítulo II denominado de “das técnicas de elaboração, redação e alterações das leis”. Em 1999 foi editado o Decreto n.º 2.954 de 29 de Janeiro que estabelecia “regras para a redação de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo.”⁴⁹⁵ Este Decreto foi revogado pelo Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002 que estabelece “normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências”.⁴⁹⁶ O capítulo II desse Decreto trata “da elaboração, da articulação, da redação e da alteração dos atos normativos” do Poder Executivo. Em seu art. 60, o Decreto 4.176/2002 faz referência ao “manual de redação da Presidência da República”.⁴⁹⁷ A elaboração e implementação desse manual representou o trabalho de uma comissão instituída pela Portaria da Secretaria Geral nº 2, de 11 de Janeiro de 1991.⁴⁹⁸ Assim, após nove meses de atividade da Comissão presidida, apresentou-se a primeira edição do Manual. A obra é dividida em duas partes: i) A primeira, trata das comunicações oficiais e sobre esse aspecto restou simplificado os fechos utilizados desde 1937, foi suprimido arcaísmos e apresentou-se uma súmula gramatical aplicada à redação oficial;⁴⁹⁹ ii) A segunda parte, ocupa-se da elaboração e redação dos atos

⁴⁹⁵ BRASIL. **Decreto n.º 2.954** de 29 de Janeiro de 1999. Estabelece regras para a redação de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo. Revogado pelo Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2954.htm>.

⁴⁹⁶ BRASIL. **Decreto nº 4.176** de 28 de março de 2002. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm>.

⁴⁹⁷ “Art. 60: As regras do Manual de Redação da Presidência da República aplicam-se, no que couber, à elaboração dos atos normativos de que trata este Decreto.” BRASIL. **Decreto nº 4.176** de 28 de março de 2002. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm>.

⁴⁹⁸ “Comissão encarregada de elaborar, sem ônus, a primeira Edição do Manual de Redação da Presidência da República (Portaria SG no 2, de 11.1.91, DOU de 15.1.91): Gilmar Ferreira Mendes (Presidente), Nestor José Forster Júnior, Carlos Eduardo Cruz de Souza Lemos, Heitor Duprat de Brito Pereira, Tarcisio Carlos de Almeida Cunha, João Bosco Martinato, Rui Ribeiro de Araújo, Luís Fernando Panelli César, Roberto Furian Ardenghy. Revisão: Professor Celso Pedro Luft.” BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República** / Gilmar Ferreira Mendes e Nestor; José Forster Júnior. – 2. ed. rev. e atual. – Brasília: Presidência da República, 2002.

⁴⁹⁹ “Lembre-se que o padrão culto nada tem contra a simplicidade de expressão, desde que não seja confundida com pobreza de expressão. De nenhuma forma o uso do padrão culto implica emprego de

normativos no âmbito do Executivo, da conceituação e exemplificação desses atos e do procedimento legislativo.⁵⁰⁰

Na apresentação do manual verifica-se a criação “de um sistema de controle sobre a edição de atos normativos do Poder Executivo que teve por finalidade permitir a adequada reflexão sobre o ato proposto”. Nesse sentido, torna-se necessário a análise e identificação “clara e precisa do problema que o motiva a criação do ato normativo; os custos que poderia acarretar; a probabilidade de impugnação judicial; sua legalidade e constitucionalidade; e sua repercussão no ordenamento jurídico”.⁵⁰¹ Com efeito, os anexos I e II do Decreto 4.176/2002 foram extraídos do referido manual de redação da Presidência da República.

A sistematização da produção legislativa dos poderes públicos constitui um passo importante para a tomada de consciência das “debilidades de uma doutrina jurídica hermética à dinâmica política e social e insensível à necessidade de introduzir, na feitura das leis, conhecimentos imprescindíveis para garantir a qualidade e eficiência legislativa”.⁵⁰² A cooperação entre técnicas formais de redação, sistematização de leis e critérios substanciais à concepção e avaliação de leis contribuíram significativamente para o aperfeiçoamento de uma *Ciência da Legislação*. Nesse contexto, a obra de Peter Noll “Ciência da Legislação”

linguagem rebuscada, nem dos contorcionismos sintáticos e figuras de linguagem próprios da língua literária.” [...] “O esforço de sermos concisos atende, basicamente ao princípio de economia linguística, à mencionada fórmula de empregar o mínimo de palavras para informar o máximo. Não se deve de forma alguma entendê-la como economia de pensamento, isto é, não se devem eliminar passagens substanciais do texto no afã de reduzi-lo em tamanho. Trata-se exclusivamente de cortar palavras inúteis, redundâncias, passagens que nada acrescentem ao que já foi dito”. Brasil. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República** / Gilmar Ferreira Mendes e Nestor; José Forster Júnior. – 2. ed. rev. e atual. – Brasília: Presidência da República, 2002, (primeira parte, p. 5-6).

⁵⁰⁰ Mendes introduz a segunda parte do manual com a citação de Jahrreiss: “Legislar é fazer experiências com o destino humano”. E justifica-se a importância desse trabalho a partir das seguintes constatações: “Nunca é demasiado enfatizar a delicadeza da tarefa confiada ao legislador. A generalidade, a abstração e o efeito vinculante que caracterizam a lei revelam não só a grandeza, mas também a problemática que marcam a atividade legislativa. A despeito dos cuidados tomados na feitura da lei (os estudos minudentes, os prognósticos realizados com base em levantamentos cuidadosos, etc.), não há como deixar de caracterizar o seu afazer como uma experiência. Trata-se, porém, da mais difícil das experiências, a “experiência com o destino humano”. Brasil. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República** / Gilmar Ferreira Mendes e Nestor; José Forster Júnior. – 2. ed. rev. e atual. – Brasília: Presidência da República, 2002, (segunda parte, p. 77).

⁵⁰¹ BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República** / Gilmar Ferreira Mendes e Nestor; José Forster Júnior. – 2. ed. rev. e atual. – Brasília: Presidência da República, 2002, (Apresentação).

⁵⁰² MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. pág. 49.

(*Geetzgebungslehre*) de 1973 engloba tanto o método legislativo (análise de qualidade e eficiência) como a técnica legislativa (redação e sistematização) das leis. A esses domínios devem ser associados os saberes proporcionados pela teorização jurídica, política e sociológica que impulsionam o agir decisional no campo legislativo, compreendido de forma geral (ato emanado do parlamento, do governo e da administração).⁵⁰³ A teoria de Noll, bem como a de Hill⁵⁰⁴, sobretudo no que concerne às questões fundamentais de técnica Legislativa e a sistemática da Lei serviram de inspiração para a elaboração brasileira do referido “manual de redação da Presidência da República”.⁵⁰⁵

No marco do moderno constitucionalismo e com o fortalecimento dos Tribunais Constitucionais, a preocupação em *racionalizar o processo legislativo* constitui uma “parcela importante e indissociável da ciência jurídica-constitucional.”⁵⁰⁶ Com efeito a (in)decisão legislativa na etapa de formação de uma lei não pode ser tomada como extrajurídica. Em outras palavras, não é apenas a lei enquanto produto final que constitui a fonte do Direito, mas o *iter* de formação dessa fonte também é um elemento que comporta reflexão por parte da dogmática jurídica. Ocorre que, conforme já salientado, esse diálogo entre o Direito e a esfera política é cercado de *mitos e cerimônias*. Para Soares “A ideia de um legislador onisciente foi uma falácia incutida na mente da maior parte dos juristas e de boa parte dos cidadãos”. E em consequência, “a mitificação da lei e da intangibilidade do seu texto tão propalada durante boa parte dos séculos XIX e XX, respondem, em parte, por esta distorção”.⁵⁰⁷

Na contemporaneidade, impera o fato de que a elaboração da lei não é um ato puramente político, como também, a aplicação e interpretação da lei não é uma tarefa

⁵⁰³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. pág. 50. SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 50, jan. – jul., 2007, p. 134-135.

⁵⁰⁴ HILL, Herrmann. **Einführung in die Gesetzgebungslehre**. Heidelberg, 1982. p. 98.

⁵⁰⁵ Brasil. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República** / Gilmar Ferreira Mendes e Nestor; José Forster Júnior. – 2. ed. rev. e atual. – Brasília: Presidência da República, 2002, (segunda parte, p. 79).

⁵⁰⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 30.

⁵⁰⁷ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan./jul., 2007, p. 130.

exclusivamente jurídica. Esse cenário revela a importância de se desvelar a cortina da intocabilidade dos atos legislativos e convida a doutrina e o poder político a refletir e colocar em prática os pressupostos de qualidade e resultados da lei. Com efeito, a observância dos procedimentos democráticos estabelecidos, como o devido processo legislativo, não são os únicos meios para conferir legitimidade aos atos legislativos.⁵⁰⁸ A *racionalidade* da produção legislativa, demonstra a obrigação da norma jurídica em conquistar uma legitimidade, que já não lhe é inerente. Assim, há que se “demonstrar o rigor dos seus métodos de elaboração, porque essa racionalização é indissociável da nova concepção instrumental do direito, da qual a lei é a concretização.”⁵⁰⁹

O estudo das normas *experimentou um salto qualitativo*, a partir do momento que a “lei passou ser estudada no domínio da sua *governance*, através das técnicas e métodos que devem reger sua concepção, sistematização e praticabilidade”.⁵¹⁰ A *Ciência da Legislação* radica seus estudos orientados nos componentes estáticos e dinâmicos do fenômeno normativo.⁵¹¹ Vale assinalar que o termo *Ciência da Legislação* comporta três ramos, a saber:⁵¹²

⁵⁰⁸ MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. **Droit et Société**, n. 10, 1988, p. 391.

⁵⁰⁹ CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. **Cadernos de Ciência de Legislação**. jan-mar. 1992, p. 9.

⁵¹⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Editora Verbo, 2007. pág. 30.

⁵¹¹ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Editora Verbo, 2007. pág. 58.

⁵¹² Marta Tavares de Almeida recorda que “não há uma unanimidade quanto à terminologia nos domínios de uma *Teoria da Legislação*. Nesse sentido, aponta a classificação proposta, em 1986, por Ulrich Karpen, da Faculdade de Direito de Hamburgo, que identificava cinco domínios, a saber: a *Ciência da Legislação* (estudo das questões do conceito, evolução e análise comparada das leis), a *Analítica da Legislação* (estudo da lei como fonte de direito), a *Tática da Legislação* (estudo do procedimento externo da lei), a *Metódica da Legislação* (estudo do procedimento interno da lei) e a *Técnica da Legislação* (relativa à sistematização, composição e redação da lei)”. Ressalta ainda que: “no que respeita à *Metódica da Legislação* e à *Técnica da Legislação*, esta terminologia foi atualizada, pelo que hoje se fala da *Legística Material e Formal*, integrando ambas a designação mais genérica de *Legística*.” (ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da *Legística* para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In **Anais do Congresso Internacional de Legística**: Qualidade da Lei e Desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 94).

QUADRO 5: RAMOS DA CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO

Ramos	Fundamentos
Teoria da Lei	<ul style="list-style-type: none"> • A lei como fonte do Direito; • As acepções e formas de lei; • Os planos de validade e eficácia da lei; • O órgão legiferante e o processo legislativo; • Os procedimentos legislativos; • A concretização administrativa da lei; • Os fatores de <i>crise da lei</i>.
Teoria da decisão pública	<ul style="list-style-type: none"> • Concepções de decisões (intervencionistas, clausurada e registral); • Acepção de decisões legislativas no contexto de políticas públicas; • Condições subjetivas enquanto perfil do decisor; • Condições objetivas de decisão (e.g.: composição do órgão, relações de liderança, etc.);
Legística	<ul style="list-style-type: none"> • Estudo dos conhecimentos, métodos e técnicas destinadas a assegurar a elaboração e o controle dos efeitos normativos; • Avaliação da qualidade, validade e praticabilidade do texto e do conteúdo prescriptivo da lei.

Fonte: elaborada pela autora a partir de: FERREIRA, Filho. Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 323-324; CANOTILHO, José Joaquim. Relatório sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um curso de Teoria da Legislação, Boletim da Faculdade de Direito, vol LXIII, 1987, ponto 1, Cap3 Tática da Legislação e MORAIS, Carlos Blanco de. Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Editora Verbo, 2007, pág. 67-69.

Cumpre, ainda, à *Ciência da Legislação* não apenas revelar e tratar a *crise da lei*, mas a partir do domínio científico compreender o impacto das leis sobre a sociedade. De fato, a multiplicação das leis é fruto da extensão do domínio do Estado nas esferas da vida em sociedade. “A lei é hoje onipresente, não há campos da atividade humana onde não esteja o governo a ditar suas regras”.⁵¹³ O Inegável processo de *inflação legislativa*⁵¹⁴ revela

⁵¹³ FERREIRA, Filho. Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

⁵¹⁴ Consoante pesquisa realizada pelo IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação), intitulada “Quantidade de normas editadas no Brasil: 25 anos da constituição federal de 1988”, realizada em outubro de 2013: “Desde 05 de outubro de 1988 (data da promulgação da atual Constituição Federal), até 31 de agosto de 2013 (ano de seu 25º aniversário), foram editadas 4.785.194 (quatro milhões, setecentos e oitenta e cinco mil, cento e noventa e quatro) normas que regem a vida dos cidadãos brasileiros. Isto representa, em média, 524 normas editadas todos os dias ou 784 normas editadas por dia útil. No âmbito federal, foram editadas 158.663 normas desde a promulgação da Constituição Federal, passando por 6 emendas constitucionais de revisão, 74 emendas constitucionais, 2 leis delegadas, 85 leis complementares, 5.125 leis ordinárias, 1.238 medidas provisórias originárias, 5.491 reedições de medidas provisórias, 11.111 decretos federais e 135.530 normas complementares (portarias, instruções normativas, ordens de serviço, atos declaratórios, pareceres

também a *face da transitoriedade*. Leis feitas às pressas para atender contingências, via de regra, não primam pela maturação do conteúdo e tampouco se sujeitam a reflexão sobre os possíveis efeitos inconvenientes decorrentes do processo de adaptação social. O *estigma de leviandade* desse tipo de lei “esmaga o advogado, estonteia o cidadão e desnorteia o juiz”.⁵¹⁵ Cumpre ressaltar, que a multiplicação das leis não é um fenômeno pontual e, tampouco, se limita ao constitucionalismo brasileiro pós-Constituição de 1988.

Na década de 40 é notável o discurso proferido por Antão de Moraes publicado na Revista dos Tribunais em setembro de 1946 intitulado: “A má redação de nossas leis - juristas e jurisprudência - renovação e crise do direito, força da tradição e preservação do direito”. Assim, em meio à efervescência das reformas legislativas, o edifício da legislação nacional sucumbe à ordem de demolição. Contudo a nova edificação despreza a síntese e adota um emaranhado de normas (regimentos, regulamentos, portarias, avisos, etc.). Antão recorda Filangieri: “por um destino fatal a marcha de legislação é semelhante à do homem que corre sempre para frente sem olhar um só instante para trás”⁵¹⁶. E ressalta que, em verdade, “o legislador teme as consequências de ser leal para com a nação. Se for muito positivo, pode matar o que está vivo e reviver o que morreu.”⁵¹⁷ E assim, “acovardado ante esse apuro, cobre-se com a fórmula vaga e imprecisa, deixando ao intérprete e ao Juiz a tarefa que era dele: dizer o que vigora e o que já não vige.”⁵¹⁸ Em regra, a timidez habitual

normativos, etc.). Em média, foram editadas 17,38 normas federais por dia ou 26,01 normas federais por dia útil nestes 25 anos. AMARAL, Gilberto Luiz Do. OLENIKE, João Eloi. AMARAL, Letícia Mary Fernandes Do. **Quantidade de normas editadas no Brasil: 25 anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<https://www.ibpt.org.br/img/uploads/novelty/estudo/1266/NormasEditadas25AnosDaCFIBPT.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

⁵¹⁵ FERREIRA, Filho. Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

⁵¹⁶ MORAES de, Antão. **A má redação de nossas leis - juristas e jurisprudência - renovação e crise do direito, força da tradição e preservação do direito**. Revista dos Tribunais, RT 163, fascículo 556, setembro de 1946, p. 412-420. (Republicado pela RT, Ano 88 v. 762 ab1: 1999 p. 777-778).

⁵¹⁷ MORAES de, Antão. **A má redação de nossas leis - juristas e jurisprudência - renovação e crise do direito, força da tradição e preservação do direito**. Revista dos Tribunais, RT 163, fascículo 556, setembro de 1946, p. 412-420. (Republicado pela RT, Ano 88 v. 762 ab1: 1999 p. 777-778).

⁵¹⁸ Cumpre transcrever o alerta dessa passagem: “Cresce, por isso, informe e desmesurada, a assustadora mole de leis e regulamentos. Quando Justiniano teve a ideia de criar o Digesto, Eunápio observou serem tantas as leis então vigentes, que poderiam constituir a carga de vários camelos. Não sei se agora haverá rebanho bastante grande para carrear o amontoado imenso dos códigos, consolidações, leis, regulamentos, regimentos, posturas, portarias, avisos e assentos que por aí se acumulam para tormento de quantos têm por obrigação labutar no foro. Anatole France, em página encantadora da *Vie Littéraire*, escrevendo a proposito da História da Revolução Francesa de Thiers, deu notícia de que sobre esse argumento, os testemunhos já impressos subiam a cinquenta mil volumes e que maior era ainda o rol dos depoimentos inéditos. Desesperado, assim, de

do legislador faz com que seu produto paire no âmbito das generalidades e assim confere ao interprete a “liberdade para procurar a solução fora desse leito de Procusto.”⁵¹⁹

Ainda nesse contexto, Nunes Leal compreende que o desejo honesto do legislador de prover o *bem comum* pode ser frustrado por instrumentos imperfeitos e inadequados. Assim, conclama aos juristas que “aperfeiçoem os instrumentos, ficando aos políticos a tarefa de melhorar as intenções. E também colaborem os juristas no ofício dos políticos, na medida de suas forças e inclinações”.⁵²⁰ A experiência ainda demonstra que “ao redigir uma lei, o legislador não pode perder de vista a observação real da vida, porque a malícia encontra muitos atalhos por onde infiltrar-se por entre as sanções da lei, sem incidir nelas.”⁵²¹ Assim, “não basta ter em mira o resultado a atingir: é preciso escolher

alcançar jamais saber a história da Revolução, acudiu-lhe à mente o delicioso e tão expressivo conto do abade Blanchet, que Somerset Maugham lindamente parafraseou em seu cintilante livro *The summing up*. Jovem rei do Oriente, ascendendo ao trono, cheio do desejo de governar com justiça, convocou os sábios da nação e ordenou lhes reunissem em livros a sabedoria do mundo, de forma que pudesse lê-los e aprender a melhor maneira de governar. Retiraram-se os sábios e ao cabo de trinta anos voltaram com uma caravana de camelos arcando ao peso de cinco mil tomos. Aqui, disseram ao monarca, colecionamos tudo quanto interessa á história e ao destino do homem. todavia, imerso em negócios de Estado, não tinha folga para ler tantos livros. Ordenou lhes, destarte, que condensassem tanta sabedoria em menor numero de volumes. Quinze anos mais tarde retornaram eles com camelos trazendo apenas quinhentos volumes, nos quais, explicaram ao rei, se achava toda a ciência do universo. Contudo, bem excessivo ainda era esse numero; por isso o rei mandou se pusessem à obra novamente. Mais dez anos se volveram, quando reapareceram, já agora exibindo cinquenta volumes. O rei, porém, estava velho e exausto. Tempo não tinha ele para ler nem mesmo esses poucos volumes. Determinou, assim, aos sábios que reduzissem ainda o numero de tomos, cristalizando, em um só volume, o epitome da ciência humana, de modo que pudesse aprender a final o que tanto precisava saber. Ainda uma vez se foram, voltando ao termo de mais cinco anos. Anciãos já eram quando, nessa última vez, depuseram, em mãos do rei, o resultado de seu labor. Acontece, entretanto, que o monarca, moribundo não teve tempo de ler o único exemplar que lhe trouxeram. Esse era o livro por cujo encontro suspirava Somerset Maugham; e pelo qual suspiram todos quantos percorrem a via forense. Já, todavia, que não é possível alcançar esse breviário e força é defrontar a multiplicidade de leis, sejam elas ao menos fruto de um lavor legislativo perfeito.” MORAES, Antão de. **A má redação de nossas leis - juristas e jurisprudência - renovação e crise do direito, força da tradição e preservação do direito**. Revista dos Tribunais, RT 163, fascículo 556, setembro de 1946, p. 412-420. (Republicado pela RT, Ano 88 v. 762 ab1: 1999 p. 777-778).

⁵¹⁹ MORAES, Antão de. **A má redação de nossas leis - juristas e jurisprudência - renovação e crise do direito, força da tradição e preservação do direito**. Revista dos Tribunais, RT 163, fascículo 556, setembro de 1946, p. 412-420. (Republicado pela RT, Ano 88 v. 762 ab1: 1999 p. 779).

⁵²⁰ LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. In **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 32.

⁵²¹ LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. In **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 8

cuidadosamente os meios adequados, velando por que não sejam excessivamente severos, nem inócuos”.⁵²²

Em termos institucionais para a avaliação da lei, José Afonso da Silva em 1964 defendeu a criação de “Conselhos de Legislação, formado de juristas e outros técnicos de renome nacional, para cuidar da técnica de redação de leis.” Esse Conselho teria por função ser o *guardião vigilante* da clareza da lei. A proposta sugeria a criação de pelo menos dois Conselhos: um junto ao Executivo, incumbido de rever os projetos de iniciativa governamental, antes de serem remetidos ao Congresso e; outro junto ao Legislativo a fim de prestar assistência aos Parlamentares e Comissões.⁵²³

Arnold Wald, nos idos de 1969, já expressava que “o verdadeiro labirinto legislativo criado com a inflação de diplomas aprovados nos últimos anos tem transformado o direito brasileiro vigente numa colcha de retalhos”. Esse *patchwork normativo* aparenta-se “como uma tortura cotidiana para o advogado e o juiz que procuram as normas aplicáveis à espécie entre leis, atos complementares, atos institucionais, decretos-leis e outros atos normativos”.⁵²⁴

Na verdade, a *inundação das leis* é o resultado da própria complexidade dos fatos sociais. Karpen identifica as principais razões para a proliferação de leis: i) complexidade e evolução das condições de vida (tecnologia, ecologia, relações mundiais); ii) a sobreposição do ordenamento comunitário e iii) Na esfera nacional, os ciclos eleitorais e a atividade dos parlamentares que querem ser reeleitos.⁵²⁵ À toda evidência a publicação de leis ocorre em “frenética catadupa, numa pirotecnia legislativa em que a sua eficácia varia na razão inversa

⁵²² LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. In **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 8

⁵²³ SILVA, José Afonso da. **Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 300.

⁵²⁴ WALD, Arnoldo. **A elaboração e revisão dos projetos de códigos**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara, n. 21, p. 166-189, 1969. Destaca-se, ainda a obra de: MIRANDA FREIRE, Carlos Coelho de. **Teoria da Legislação: Aspectos Materiais**. João Pessoa, 1982.

⁵²⁵ KARPEN, U. Proliferation of laws: diagnosis and therapy? Closing words. In: KARPEN; WENZ (Ed.). **National legislation in the European framework**. Baden-Baden: EAL, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, p. 388-390

da respectiva proliferação e em que se torna cada vez mais impossível que mesmo o mais erudito dos juristas possa conhecer todo o direito em cada momento vigente”.⁵²⁶

Contudo, todo esse cenário parece não coadunar com a força e valorização da lei como expressão de uma vontade geral, conforme apontado por Bluntschli nos idos de 1885, no sentido de que “o Estado inteiro fala por sua voz. A consciência e a vontade do Estado nela tomam corpo visível. A lei é o verbo perfeito do Direito”.⁵²⁷ Cruet em 1908 asseverou: “Se o legislador toma o seu ponto de partida fora dos fatos, é um acidente feliz encontrar-se com eles”, ao passo que “se intenta seguir a lógica pura da sua razão é milagre poder compreender a lógica oculta de certas incoerências sociais”.⁵²⁸

Em que pese toda a mística que paira sobre a lei, importa reconhecer que como *verbo* representa uma expressão dinâmica. Com efeito, a ordem objetiva do Direito representa um modelo redutor das fórmulas complexas da sociedade. O grau de abstração e generalização de uma lei não constitui elemento para afirmar que as estruturas normativas são meras *formas lógicas vazias*. Uma reflexão mais profunda atesta que as leis são “formas de experiências cujas linhas dominantes foram abstraídas da realidade social (*mundo do ser*) para operar como instrumento de disciplina social, isto é, como modelo jurídico”.⁵²⁹ O modelo jurídico objetivo (*dever ser*) constitui uma representação “simbólica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma sequencia ordenada de medidas ou prescrições”.⁵³⁰ Com efeito, a polaridade entre *o dever ser* e *o ser* é insustentável em razão da necessária *complementariedade dialética* entre os planos dimensionais da lógica jurídica.⁵³¹ Assim, o que está prescrito na norma em abstrato enquanto modelo deve ser planejado, sobretudo quando aos efeitos que pode acarretar no plano concreto do comportamento humano.

⁵²⁶ PEREIRA, Garcia. In **Justiça em crise?** Crises da Justiça. Organização e prefácio António Barreto, Publicações D. Quixote, 2000, p. 123.

⁵²⁷ BLUNTSCHLI, M. **Le droit public general**. traduit de l'allemand et precede d'une preface par M. Armand de Riedmatten. Paris, Guillaumin, 1885, p.6.

⁵²⁸ CRUET, Juan. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa, 1908, p. 15.

⁵²⁹ Conforme o “modelo jurídico” aplicável à “teoria tridimensional do Direito”. REALE, Miguel. **O Direito como experiência; introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1992.

⁵³⁰ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 184.

⁵³¹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.469.

Em razão de seu conteúdo e de uma projeção de seus efeitos, dentre outros desafios, a tarefa de *emoldurar* os fatos é complexa. Nesse sentido, os saberes proporcionados pela *Legística*, enquanto um ramo da *Ciência da Legislação* auxilia nessa empreitada. Em linhas gerais, o experimento normativo “inserido em ambiente epistemológico adequado” propicia ao legislador indicar as regras mais adequadas para a convivência e evolução social.⁵³² A *Legística* desenvolve-se como elemento de uma ciência auxiliar da Ciência Jurídica, no intuito de avaliar “as consequências produzidas pelos atos legislativos e os meios passíveis de potenciar a sua qualidade, simplificação e eficiência”.⁵³³ A partir da segunda metade do século XX, a elaboração da lei passou a mover *em carris apertados* de regras constitucionais e tratativas concernentes ao Direito Comunitário. A exigir técnicas e métodos que orientassem a criação e transformação da lei.⁵³⁴ O Estudo sobre a qualidade normativa transborda o hemisfério da dogmática jurídica para defluir nos domínios e técnicas próprias do ciclo de criação da norma, a fim de se compreender e mesmo avaliar não apenas a validade das leis, mas fundamentalmente a essência de uma “boa lei”.⁵³⁵

Os critérios de qualidade para formação de uma boa lei são complexos, mas podem ser sintetizados em oito postulados inerentes a uma *política legislativa de qualidade*:

“i) necessidade de criação da lei e seus respectivos critérios de fundamentação; ii) Observância aos princípios fundamentais do direito na elaboração da lei – legalidade, universalidade, igualdade, proporcionalidade, não retroatividade da lei, subsidiariedade – o que reforça o Estado Democrático de Direito; iii) No que concerne aos possíveis efeitos da lei, demanda-se a adoção de uma metodologia de preparação desta e que possibilite uma decisão objetiva e fundamentada; iv) A transparência do procedimento legislativo; v) A acessibilidade da lei: definição de regras de precisão, concisão, e inteligibilidade na redação da lei; bem como a adoção de programas de simplificação e reorganização do *corpus* legislativo; vi) O desenvolvimento de programas de formação interdisciplinar na área da Teoria da Legislação; vii) A partilha de saber:

⁵³² CARVALHO, Ivens José Thives de. A produção normativa e a objetividade. **Novos Estudos Jurídicos** – Itajaí, Ano VII - Nº 14 - p.15 9-172, abril / 2002

⁵³³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 30.

⁵³⁴ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 30.

⁵³⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 31.

estabelecimento de contatos na esfera nacional e internacional com instituições que se dediquem a esta área de estudo visando uma partilha de informação e de conhecimentos, viii) Definição de entidades responsáveis pelo desenvolvimento e controle da política legislativa.”⁵³⁶

Não há um consenso na literatura sobre o a definição de legística, contudo por critério seletivo, a adoção do termo legística corresponde *mutatis mutandis* ao conteúdo da “*metódica da legislação* que configura os pilares da *Ciência da Legislação* de Noll”.⁵³⁷ Dessa forma, a legística pode ser definida, em seu *sentido lato* como:

“Um ramo da ciência da legislação que se ocupa do estudo dos conhecimentos, dos métodos e das técnicas destinados a assegurar, em sede de concepção, elaboração e controle dos efeitos normativos, a qualidade, validade e a prática do texto e do conteúdo prescriptivo das leis”.⁵³⁸

A partir dessa definição ampla é possível decompor os domínios que permitem a classificações da legística, a saber:

⁵³⁶ ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In Anais do Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento (2007: Belo Horizonte, MG). Legística: qualidade da lei e desenvolvimento. – Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 99-100).

⁵³⁷ NOLL, Peter. **Gesetzgebungslehre**. Reimbek bei Hamburg, 1973. MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Editora Verbo, 2007. pág. 69. Ainda no que concerne à terminologia cumpre ressaltar o alerta de Salinas: “A expressão Metódica da Legislação é traduzida nas línguas inglesa, francesa e portuguesa, respectivamente, por *legislative method*, *méthode législative* e *metódica da legislação*. O termo, que hoje é sinônimo da expressão Legística Material, traduz-se mais adequadamente pela expressão metodologia a adotar para a elaboração da lei. [...] Morand observa que “[...] o termo Metódica da Legislação fora, entretanto, mal escolhido, porque transmitia a impressão de que a disciplina não oferecia nada além de prescrições, receitas para melhorar a qualidade da legislação. O termo não valoriza devidamente os aspectos cognitivos da disciplina.” MORAND, Charles-Aubert. *Éléments de légistique formelle et matérielle*. In: MORAND, Charles-Aubert (Org.). **Légistique formelle et matérielle**. Aix-En-Provence: Presses Universitaires D’Aix Marseille, 1999, p. 18. Dessa forma, o autor considera apropriado o uso da expressão Metódica da Legislação apenas quando se estiver referindo aos métodos propriamente ditos da legística. Em Portugal, no entanto, o termo Metódica da Legislação, assim traduzido por Joaquim Gomes Canotilho permanece sendo o mais adotado.” SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, 2013, p.234, nota de rodapé 23.

⁵³⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Editora Verbo, 2007. pág. 70 “Em sede própria o termo legistik começou a ser utilizado na década de sessenta na Áustria não apenas pela doutrina, mas também pela legislação. MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Editora Verbo, 2007. pág. 209. Para Soares a legística é definida como: “Saber jurídico que evoluiu a partir de algumas das questões recorrentes na história do direito, vale dizer, a necessidade de uma legislação mais eficaz (no sentido de estar disponível e atuante para a produção de efeitos), o questionamento da lei como o instrumento exclusivo para a consecução de mudanças sociais, a necessidade de democratizar o acesso aos textos legais em todos os níveis”. SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 50, jan. – jul., 2007, p. 125.

QUADRO 6: PRINCIPAIS DOMÍNIOS DA LEGÍSTICA

Classificação	Características
Legística Material	<ul style="list-style-type: none"> • Domínio metodológico e procedimental interno; • Concentra-se na análise do conteúdo da legislação (a substância ou matéria normativa); • Tem por fim assegurar que a concepção da lei observe requisitos de qualidade e validade que lhe permitam preencher adequadamente com os seus objetivos operacionais; • Reforça a facticidade e a efetividade da legislação; • Permite a avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico, por meio da utilização de técnicas como, por exemplo, <i>check list</i>, modelização causal, reconstrução da cadeia de fontes, que permitam tanto realizar, diagnósticos, prognósticos, mas também, verificar o nível de concretude dos objetivos que justificaram o impulso para legislar e dos resultados obtidos a partir da sua entrada em vigor;⁵³⁹ • A título originário projeta-se no momento genético da política normativa; • A título derivado projeta-se na apreciação do desempenho de uma lei em vigor, tendo em vista a emissão de um juízo de avaliação sobre a necessidade de sua subsistência, alteração ou revogação.
Legística formal	<ul style="list-style-type: none"> • Domínio Técnico e sistemático; • Técnica legislativa ou legística no sentido estrito; • Interessa-se pelos aspectos formais da legislação, em especial pela forma dos atos, por sua estrutura e sistemática; • Estuda os critérios de comunicação legislativa; • Tem por fim melhorar a compreensão e identificação da ordem jurídica vigente; • Otimização do círculo de comunicação legislativa. • A título principal implica na adoção de técnicas para a coerência interna dos textos, destinadas a assegurar a correção gramatical, clareza e precisão. • A título complementar prima pela sistematização e simplificação do acesso aos textos legais.
Legística organizativa	<ul style="list-style-type: none"> • Domínio da <i>governance</i> normativa; • Instrumental à legística material e formal; • Ocupa-se do estudo do modelo de gestão pública da qualidade dos programas legislativos, passível de ser adotado pelos órgãos legiferantes; • Propõe desenhos de arquitetura institucional para a gestão e funcionamento do complexo legiferante.

Fonte: Formulada pela autora a partir de: MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 70; p. 209-211 . SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 50, jan. – jul., 2007, p. 125-126. MADER, Luzius. Legislação e jurisprudência. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 193-206, jan./dez. 2007, p. 199.

Na busca por uma melhor qualidade da lei, a legística promove uma aproximação funcional com outros ramos do conhecimento. Na contemporaneidade acentuam-se os

⁵³⁹ “Em termos sintéticos, a avaliação legislativa investiga o seguinte: Exposição da Situação, leis existentes, soluções possíveis, as vantagens e inconvenientes de cada uma das soluções possíveis, implicações financeiras, relações intergovernamentais, consulta entre os ministérios envolvidos, consulta e informação aos interessados, grupos e população atendida.” SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 50, jan. – jul., 2007, p. 126.

estudos sobre a Linguística e a Teoria da Comunicação aplicada ao processo de produção da lei.⁵⁴⁰ A obra de Atienza constitui um marco fundamental para compreender a racionalidade na produção normativa e o papel da lógica formal na argumentação jurídica.⁵⁴¹

Com efeito, a legística em conjunto com outros saberes associados como a Linguística, Economia, Estatística, Sociologia, *Legimática*⁵⁴² e a própria Teoria Geral do Direito tem por desafio, a adoção de técnicas para racionalizar o planejamento legislativo, torná-lo mais *eficiente*. Diante dessa constatação questiona-se: O que se entende por processo legislativo eficiente? E qual o sentido de lei eficaz?

Processo legislativo eficiente pode ser compreendido a partir das medidas de formação, execução e implementação do ato normativo. Nesse sentido, a adoção de ações que compõe a construção de um consenso político como a realização de audiências públicas, plebiscitos, representam meios para otimizar a aceitação/eficácia social. Contudo, referidas medidas devem corresponder ao critério de menor custo alocacional. Em outras palavras, operacionalmente leva-se também em consideração a noção de eficiência econômica. Assim, para se democratizar e tornar o processo legislativo mais eficiente deve-se ater às questões financeiras e orçamentárias.

Já a eficácia da lei comporta três sentidos: i) *Eficácia do texto da lei* que consiste na compressão do ato normativo, não apenas por questões exclusivamente estilísticas, mas, sobretudo através da utilização de técnicas legislativas compostas por regras gerais sobre a elaboração das leis, em análise sistemática das categorias e utilização dos saberes associados da linguística; ii) *Eficácia Jurídica e social* que compreende a *Metódica da Legislação*. Linha de investigação sobre a “problematização das dimensões político-jurídicas e teórico decisórias da legislação, procurando responder às questões de adequação e razoabilidade da lei”.⁵⁴³ Sob esse aspecto ressalta-se a preocupação com o excesso de

⁵⁴⁰ Em que pese a importância e a atualidade do tema, a presente pesquisa optou por delimitar a análise da legística em sua vertente ‘prudencial’ em razão de seu objeto de pesquisa.

⁵⁴¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003. ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madri: Civitas, 1997.

⁵⁴² Tecnologias da informação e da informática aplicada à legística.

⁵⁴³ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 50, jan. – jul., 2007, p. 125.

legislação ou a sua inexistência como fatores que podem concorrer para a ineficácia da implementação da Constituição enquanto norma fundamental.⁵⁴⁴

O processo legislativo medido em graus de eficiência através, sobretudo de pesquisa estatísticas e da *Legimática* comporta a avaliação *ex ante* e *ex post*. A avaliação prospectiva (*ex ante*) consiste na formulação de modelos para verificar os possíveis efeitos a serem produzidos pela legislação e adequação desta aos objetivos constantes dos motivos ensejadores. Caupers descreve para essa etapa da nomogêneses da lei três principais fatores que podem contribuir ou inviabilizar a produção de efeitos de uma lei: “(i) recursos financeiros; (ii) infraestrutura técnica; (iii) capacitação e treinamento dos funcionários que velarão pelo cumprimento das normas legais.”⁵⁴⁵ Após a entrada em vigor da lei, com a sua implementação (*enforcement*) aplica-se a avaliação retrospectiva (*ex post*) que tem por escopo “o exame dos reais efeitos produzidos pela legislação e na sua comparação com os objetivos declarados ou implícitos da legislação”.⁵⁴⁶

Contudo, ambas as avaliações não se realizam em um ambiente isolado. As leis não são formuladas em ambiente hermeticamente asséptico. Ao revés, *os fatores reais de poder* devem ser levados em considerações.⁵⁴⁷ Assim, “outros fatores concorrem para as

⁵⁴⁴ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 50, jan. – jul., 2007, p. 127.

⁵⁴⁵ CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodica da legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003, p. 42-46.

⁵⁴⁶ SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, 2013, p.235.

⁵⁴⁷ Inocêncio Coelho recorda Reale: “Pois bem, o homem, por sua própria natureza, não pode permanecer indefinidamente num estado de incerteza – por ser a dúvida tanto um mal lógico quanto existencial e, por isso mesmo, paradoxalmente, poderosa fonte instigadora na busca da verdade – mister é que, em um certo momento, uma opção seja feita por determinada via, e haja escolha de um projeto de lei, em detrimento dos demais. É o momento decisivo do *fiat lex*, da decisão em virtude da qual uma das propostas legislativas se converte em lei.” [...] E prossegue ao analisar os fatores reais de poder de Ferdinand Lassalle: “Destarte, se esse é o *modus faciendi* dos atos legislativos, então o discurso da norma nada mais é do que o processo jurídico-político em cujo âmbito porfiam, argumentativamente, os fatores reais de poder, que atuam no seio de cada sociedade, como força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”. COELHO, Inocêncio Mártires. Seminário “**O direito como linguagem/texto e como interpretação/argumentação**”. 10 abr. 2014. Notas de aula. Aceito esse ponto de vista, de que, em última instância, é o Poder Social que positiva o direito, forçoso é reconhecer-se que tanto o discurso judicial quanto o discurso dogmático – porque são discursos sobre o discurso das normas, ou seja, discursos de segundo grau – acabam condicionados, em larga medida, pela nomogênese jurídica, o que,

deficiências do trabalho legislativo, como a escassez dos serviços técnicos do Parlamento, a influência dos calendários eleitorais nos trabalhos parlamentares e a pressão da opinião pública.”⁵⁴⁸

A academia brasileira, ciente dessa realidade na construção de modelos teóricos de alta complexidade, intenta pautar seus estudos em diálogo com a prática legislativa e com os saberes provenientes de outras realidades. Sob esse aspecto, um importante marco de pesquisa advém do *Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento* que ocorreu em Belo Horizonte entre os dias 10 a 13 de setembro de 2007. O Congresso Internacional de Legística foi realizado pela Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, com o apoio do Instituto de Altos Estudos em Administração Pública e do Centro de Estudo, de Técnica e de Avaliação Legislativa, ambas as instituições provenientes da Suíça.⁵⁴⁹ O conferencista Ulrich Karpen, Fundador da Associação Europeia de Legislação (EAL), ressaltou que “a democracia, em bom funcionamento, é a melhor forma de governo, mas é também uma forma difícil. Há sempre o perigo de nos perdermos no caminho da democracia, sobretudo em função de ideologias”. Nesse sentido, “a democracia necessita de uma base confiável e sustentável. Essa base é a lei. As leis, como a Constituição, são a pedra fundamental do Estado.”⁵⁵⁰ Com efeito, metaforicamente a caneta do legislador é um

mais uma vez, só faz comprovar a correlação/implicação necessária entre o ato normativo e o ato hermenêutico, entre a produção e a interpretação/aplicação dos modelos jurídicos.

⁵⁴⁸ FRAGA, Ana. VARGAS, Ana. Da qualidade da legislação ou de como o legislador pode ser um fora-da-lei. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 59-102, jan./dez., 2007, p. 70.

⁵⁴⁹ “Os agentes públicos envolvidos com a atividade legislativa têm-se preocupado cada vez mais em incorporar ao processo de elaboração das leis procedimentos específicos de planejamento, avaliação e estudo que sejam capazes de dar mais consistência e qualidade à legislação, além de reforçar a confiança da população nos legisladores. Esses esforços, que procuram aliar a iniciativa política e a participação popular aos benefícios da pesquisa técnica cuidadosa, convergem, do ponto de vista da sistematização do conhecimento, para um campo do saber que vem crescendo e reivindicando cada vez mais a sua autonomia. Tal campo, em torno do qual se organizou o Congresso que deu origem a esta publicação, é o da chamada Legística.” In **Anais do Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

⁵⁵⁰ [...] “A decisão final está nas mãos do Judiciário. E, como disse Oliver Holmes, somos ligados pela lei, mas precisamos dizer o que é a lei. Então, como poderemos desenvolver o Estado como um todo baseado em legislação? Isso dependerá da quantidade e da qualidade da legislação. A quantidade e a qualidade da legislação dependem do desenvolvimento? Ou será o contrário: o desenvolvimento depende da quantidade e da qualidade das leis? A resposta, obviamente, é sim, para ambas as questões. A quantidade e a qualidade da legislação dependem do nível de educação da população e da experiência da Assembleia Legislativa. Qualidade e quantidade devem ser levadas em consideração e devem-se concentrar na capacidade e na disposição de seguir normas. KARPEN, Ulrich. Painel 1: “Legislação, desenvolvimento e democracia”. In **Anais do Congresso**

objeto de cobiça, como o anel dos Nibelungos. Sob esse aspecto, Pires recorda a experiência das Alterosas e os ensinamentos de Carvalho, conforme trecho reproduzido a seguir:

“Vem à tona uma advertência do professor Paulo Neves de Carvalho, que, compartilhando os grandes desafios de construção legislativa, chegava a espantar fantasmas nas madrugadas do Palácio da Inconfidência, em dedicado trabalho de discussão de temas e construção de proposições. Notório era o entusiasmo com que o Velho Mestre se dedicava às tarefas de construção dos grandes projetos de lei, o mesmo com que se referia à caneta do legislador, seu único objeto de desejo, seu ícone de poder. ” – Ah! Sim! A caneta do legislador, como preciso dela!” Ele que estava, antes, acostumado a fazer leis a régua e compasso, já inserido no quadro de abertura política, dizia da necessidade de que o legislador entrasse na intimidade dos fenômenos sociais que seriam objeto da intervenção legislativa. Ele que, durante muito tempo, acreditou no fetiche da lei e no elitismo de sua construção era enfático: “É preciso mergulhar na realidade ainda que de coleto à prova de balas, acordando anjos e demônios”. Foi daquele objeto de desejo que ele se apropriou, após um mergulho no fenômeno social, sem sorrategie, para escrever na Constituição do Estado algo que, na sua leitura, palpitava na sociedade e que se colocava como expressão mais eloquente da vontade popular: “A sociedade tem direito a governo honesto, obediente à lei e eficaz.” (Art. 73, caput, da Constituição do Estado de Minas Gerais.)”⁵⁵¹

Ainda por ocasião do referido congresso, Mader alerta para a internacionalização da legislação. Com efeito, a “Legística tem-se concentrado principalmente na legislação doméstica nacional. Agora, porém, há que se abrir à legislação elaborada por meio de instrumentos internacionais.”⁵⁵² Um olhar mais atento à elaboração e avaliação normativa passou a fazer parte efetiva de uma agenda política nas organizações internacionais e na União Europeia em meados da década de noventa. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou em 1995 a “*Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation*” trata-se de um importante passo para a qualidade da lei na esfera internacional. A recomendação foi produzida dentro do PUMA (The Public Management Service) com um programa de trabalho sobre gestão regulatória e reforma estabelecido pelos países-membros para melhorar a informação

Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

⁵⁵¹CARVALHO, Paulo Neves. Anotações. Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, 1997, citado por PIRES, Maria Maria Coeli Simões. In **Anais do Congresso Internacional de Legística:** Qualidade da Lei e Desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 129.

⁵⁵²MADER, Luzius. **Anais do Congresso Internacional de Legística:** Qualidade da Lei e Desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p.53.

comparativa nesta área. O trabalho de regulação teve vários objetivos: i) Melhorar a qualidade da regulação examinando as estratégias institucionais e processuais para atualizar a tomada de decisões sobre regulamentação; ii) Apoiar o desenvolvimento de uma gestão mais eficaz do sistema de regulação para aumentar a eficácia regulatória e reduzir custos; apoiar o ajuste estrutural das economias na área da OCDE, melhorar a flexibilidade regulatória e capacidade de resposta, e aumentar a abertura e transparência; iii) promoção de instrumentos alternativos aumentando a compreensão das maneiras como os instrumentos inovadores de regulação e de não regulação podem ser utilizados para fazer avançar os objetivos da política; iv) O reforço da eficácia e legitimidade do sistema de regulamentação internacional para resolver os problemas mais comuns.⁵⁵³

Na sequência, em 1997 é publicado o “*Report to Ministers*” (*Plan for Action on Regulatory Quality and Performance*).⁵⁵⁴ Em 2005 o guia “Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance” demonstra a evolução da política de regulação e as alterações que foram promovidas nas últimas décadas. Assim, os sete princípios fixados em 1997 são revistos e atualizados. Os sete princípios originais foram mantidos, mas as notas explicativas e recomendações subordinadas foram expandidas. Assim, dentre as questões que receberam maior atenção em 2005 do que em 1997 incluem: i) coerência política e coordenação de multiníveis; ii) avaliação *ex ante* de propostas para a política; iii) política de concorrência para os utilitários de rede que atendam às necessidades públicas; iv) abertura do mercado; sensibilização para os riscos; e implementação. Esta agenda exige uma abordagem intersetorial e proativa para fazer regulamentos mais ágeis do que previsíveis. As

⁵⁵³ The 1995 OCDE “Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation. “The quality of government regulations concerns all who are working to establish the conditions for sustainable global economic growth. As the OECD’s Public Management Committee has noted, regulatory quality is crucial for economic performance and government effectiveness in improving the quality of life of citizens. The quality of regulations is becoming even more important as rules are internationalised, and national regulations affect the world trading system. [...]The Recommendation, the first international standard on regulatory quality, was developed by a network of regulatory policy officials from OECD countries who carry out the work programme of the Public Management Committee on Regulatory Management and Reform.” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **The 1995 OCDE Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation**. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD\(95\)95](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD(95)95)>. Acesso em: 28 dez. 2014.

⁵⁵⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. The 1997 OCDE **Report to Ministers** (Plan for Action on Regulatory Quality and Performance). Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2014.

Diretrizes da OCDE para a qualidade regulatória e desempenho destacam a dinâmica, o processo voltado para o futuro, através do qual as políticas de regulação, ferramentas e instituições são adaptadas para o século 21.⁵⁵⁵ Diante dessa perspectiva, os princípios foram reestruturados da seguinte forma: i) Adotar os grandes programas no nível político de reforma regulatória que estabelecem objetivos e marcos claros para implementação; ii) Avaliar os impactos e rever regulamentos sistematicamente para garantir que eles cumpram os seus objetivos pretendidos com eficiência e eficácia, em um complexo ambiente econômico e social; iii) garantir que os processos regulatórios sejam transparentes e não discriminatórios; iv) Revisar e fortalecer, se necessário, o âmbito da eficácia e de aplicação da política de concorrência; v) Projetar regulamentações econômicas em todos os setores para estimular a concorrência e eficiência; vi) Eliminar as barreiras regulamentares desnecessárias ao comércio e investimento através da liberalização. Continuar e melhorar a integração da abertura do mercado ao longo do processo de regulamentação, fortalecendo, assim, a eficiência econômica e a competitividade; vii) Identificar ligações importantes com outros objetivos políticos.⁵⁵⁶ O Brasil participou como observador no Grupo Especial da OCDE sobre Política de Regulação.⁵⁵⁷

Com efeito, “as recomendações da OCDE estão na base da política de regulação, que começou a ser desenhada na União Europeia, no âmbito do Conselho Europeu que ocorreu em Lisboa em 2000”.⁵⁵⁸ Destaca-se no âmbito desse Conselho, o Grupo de Trabalho (GT) denominado *Grupo Mandelkern*. Como fruto dessa iniciativa foi apresentado o *Relatório*

⁵⁵⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. The 2005 OECD **Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2014.

⁵⁵⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. The 2005 OECD **Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2014.

⁵⁵⁷ “More non-member countries are taking an interest in regulatory reform issues, as demonstrated by the recent review of Russia, the first of a non-member country, the participation of Brasil and Chile as observers in the Special Group on Regulatory Policy, conferences on regulatory policies in China in 2003 and 2004, the Regulatory Governance Initiative as part of the Investment Compact for South East Europe, and the completion of the APEC-OECD Integrated Checklist.” ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. The 2005 OECD **Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2014.

⁵⁵⁸ ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In **Anais do Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 94.

Mandelkern sobre Melhoria da Qualidade Legislativa.⁵⁵⁹ No âmbito da União Europeia a qualidade da legislação está diretamente associada ao desenvolvimento econômico. Como base dessa política foi adotado o programa *Better Regulation*. Com efeito, em uma era de globalização, em que as barreiras à circulação de mercadorias, serviços e pessoas estão caindo, os cidadãos esperam que seus governos garantam a sua segurança e bem-estar. Também, as empresas esperam que as autoridades públicas assegurem a igualdade de condições e aumentem a competitividade. E a Regulamentação é essencial para enfrentar esses desafios. É um aspecto necessário e aceito pela sociedade moderna. Há regras em todos os níveis (local, nacional e internacional). Contudo, mal concebido e irrefletido, o regulamento pode revelar-se excessivo e ir além do que é estritamente necessário. Algumas regulações podem ser demasiadamente prescritivas, injustificadamente caras ou contraproducentes. Camadas de regulamentação que se sobrepõem podem se desenvolver ao longo do tempo, afetando empresas, as autoridades públicas e o público em geral. Ademais, regulamentos também podem tornar-se rapidamente obsoletos. A rápida evolução tecnológica abre e expande os mercados globais e cada vez mais o acesso à informação significa que a regulamentação tem de ser mantida sob revisão constante e adaptada para manter o ritmo em um mundo em rápida mudança.⁵⁶⁰ Almeida enfatiza que o programa

⁵⁵⁹ “A melhoria da qualidade dos atos normativos desempenhará a esse respeito um papel importante, conforme foi claramente estabelecido nos Conselhos Europeus de Lisboa e de Santa Maria da Feira. Os atos normativos são essenciais para a realização dos objetivos da política pública em numerosos domínios e a melhoria da sua qualidade não é sinónimo de eliminação automática deste instrumento. Trata-se, antes, de garantir que os atos normativos só são aplicados quando necessários e que, nesses casos, obedecem a padrões de alta qualidade. A melhoria da qualidade dos atos normativos é um benefício público em si, aumentando a credibilidade do processo de gestão pública e contribuindo para o bem-estar dos cidadãos, das empresas e dos demais envolvidos. Um ato normativo de qualidade evita que as empresas, os cidadãos e as administrações públicas fiquem submetidas a encargos inúteis, que representam tempo e dinheiro. Contribui para evitar que a competitividade das empresas (nomeadamente para as pequenas empresas) seja prejudicada por custos acrescidos e distorções do mercado.[...]. Atos normativos de qualidade contribuem para restabelecer a confiança nos governos e permitir-lhes cumprir melhor os objetivos que se propuseram atingir. A aplicação de atos normativos de qualidade revela-se igualmente menos problemática para as administrações públicas e mais fácil de respeitar para os cidadãos. Por todas estas razões, o interesse público tem muito a ganhar com a melhoria da qualidade dos atos normativos. **Relatório Mandelkern:** Melhoria da Qualidade Legislativa, Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação, INA, n. 29, Dezembro de 2000, p. 13-14.

⁵⁶⁰ EUROPEAN COMMISSION. **Better Regulation:** simply explained. European Communities, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2006. Disponível em <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/brochure/brochure_en.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2015, p. 5-6.

Better Regulation é concebido como um “processo de reforma das práticas de legislação, com base em princípios, instrumentos e instituições.”⁵⁶¹

Diante desse cenário de reforma e aperfeiçoamento das medidas que norteiam a prática legislativa cumpre esclarecer no que concerne ao pilar da avaliação que esta “não é concebida como um julgamento peremptório sobre os efeitos de uma lei ou de uma política pública, mas, sobretudo como uma arena que permite esclarecer o debate democrático”.⁵⁶² E nesse sentido é preciso que o legislador demonstre não apenas seus objetivos estritamente considerados, mas também a globalidade dos efeitos produzidos, notadamente nas esferas econômica, social e ambiental.⁵⁶³

Com efeito, além do âmbito comunitário, os Estados Europeus (participantes ou não da UE) têm desenvolvido sob suas insígnias modelos de prática sobre a qualidade legislativa⁵⁶⁴ Países como a Suíça possui previsão constitucional referente ao tema, conforme dispõe o artigo 170 da Constituição Federal de 1999 intitulado “Da avaliação da

⁵⁶¹ Destacam-se quatro pontos essenciais, a saber: “i) reafirma-se a importância dos princípios e instrumentos apresentados no Relatório Mandelkern; ii) aprofundam-se os aspectos metodológicos da avaliação de impacto e atualizam-se e desenvolvem-se as diretrizes para a elaboração de estudos concretos de avaliação de impacto; iii) propõe-se, e é um aspecto inovador, que se quantifiquem os custos administrativos impostos pela legislação, e sugere-se que, para a avaliação desses encargos, as instituições comunitárias e os Estados membros adotem um método comum que é apresentado no Relatório. [...] “O método comum que se propõe é o *Standard Cost Model*, modelo adotado na Holanda desde 2002 e que implica levantamento de dados sobre o tempo e os custos salariais necessários para satisfazer cada obrigação (pertinente à comunicação de informações sobre a atividade) imposta por um ato legislativo. Implica ainda levantamento de dados sobre o número de entidades envolvidas e a frequência com que as informações são solicitadas.”; iv) defende-se, e é um aspecto igualmente inovador, o desenvolvimento de um conjunto de indicadores comuns para controlar a qualidade do quadro legislativo, tanto em nível comunitário como no âmbito dos Estados membros”. ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In **Anais do Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 95-98.

⁵⁶² MORAND, Charles-Albert. Formes et fonctions de l'évaluation législative. In: **Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?** Bruxelles: Facultés universitaires Saint-Louis, 1999, p. 220.

⁵⁶³ MORAIS, Carlos da Costa. Sistema de Avaliação do Impacto das Normas Jurídicas. **Cadernos de Ciência da Legislação**, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 32, out.-dez. 2002, p. 39.

⁵⁶⁴ PAULA, Felipe de. ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Avaliação legislativa e projeto pensando o direito: uma afortunada aproximação. In: **O papel da pesquisa política legislativa: metodologia e relato de experiências do Projeto Pensando o Direito**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 29.

eficácia”: “A Assembleia Federal assegura que as medidas da Confederação sejam avaliadas”.⁵⁶⁵

A Lei Fundamental Alemã, ao contrário do que ocorre na Suíça, não possui expressamente em seu texto normativo a previsão sobre a avaliação legislativa. Contudo, “no âmbito parlamentar existem previsões de avaliações prospectivas, concomitantes e retrospectivas, com aplicação de variados métodos de avaliação incluindo *check-lists*”.⁵⁶⁶ Ressalta-se o pioneirismo alemão na utilização da avaliação legislativa prospectiva (*ex ante*), com a difusão da técnica para vários países.⁵⁶⁷ O que inclui a realidade brasileira, na medida em que o questionário sobre a elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo constante do *Manual de Redação da Presidência da República*⁵⁶⁸ foi inspirado na Resolução de 11 de Dezembro de 1984 do Governo da República Federal da Alemanha destinado a controlar e racionalizar a elaboração dos atos normativos no âmbito do Poder Executivo.⁵⁶⁹

Na Bélgica, o Senado aprovou em 14 de Janeiro de 1999, os “Dez mandamentos para uma boa legislação”. Em síntese, os mandamentos estabelecem que: i) a lei deve respeitar e promover a segurança jurídica; ii) a lei deve assegurar a igualdade jurídica; iii) a lei deve ser formulada de maneira que seja possível remediar as consequências não desejadas de sua aplicação concreta ao caso individual; iv) a lei deve observar o princípio da subsidiariedade; v) Os objetivos da lei devem ser definidos de forma clara; vi) a lei deve observar o princípio da necessidade; vii) A lei só deve ser elaborada se existirem garantias de sua aplicação. Em outras palavras, a sua aplicação não deve configurar altos encargos aos aparelhos administrativo e judicial; viii) a lei deve possibilitar o alcance dos objetivos buscados (efetividade) ao menor custo (eficiência alocacional); ix) a gravidade dos

⁵⁶⁵ SUIÇA. **Constituição Federal da Confederação Suíça**, promulgada em 18 de Abril de 1999. (Constitution fédérale de la Confédération suisse). Disponível em: <<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

⁵⁶⁶ CASTRO, Alexandre Vilela Jardim de. **Avaliação Legislativa na experiência estrangeira: possibilidades da aplicação na produção normativa de Belo Horizonte**. Monografia apresentada ao Curso de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007, p. 22.

⁵⁶⁷ KARPEN, Ulrich. **Avaliação legislativa – a experiência alemã**. Cadernos de Ciência de Legislação, Oieiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003, p. 11.

⁵⁶⁸ BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República** / Gilmar Ferreira Mendes e Nestor; José Forster Júnior. – 2. ed. rev. e atual. – Brasília: Presidência da República, 2002.

⁵⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Questões Fundamentais de técnica legislativa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Número 11, setembro/outubro/novembro de 2007, Salvador, Bahia.

obstáculos não podem ser desproporcionais ao objetivo perseguido e ao resultado a ser alcançado; x) o legislador só pode regulamentar efetivamente o comportamento se for possível a utilização da regra na realidade complexa das relações sociais.⁵⁷⁰

O Gabinete de Política Legislativa e Planeamento do Ministério da Justiça de Portugal publicou em 2002 a obra “Legística: Perspectivas sobre a concepção de redação de atos normativos”.⁵⁷¹ Trata-se de um conjunto de informações que permita ao responsável pela elaboração de um projeto obter respostas para as principais vertentes dessa atividade, bem como, contribuir para um mínimo de uniformidade na apresentação textual dos atos normativos. A legística material e formal é tratada de forma pormenorizada nos capítulos I e II respectivamente. Cumpre ressaltar, ainda que desde 2006 adota uma espécie de *checklist*.⁵⁷² Trata-se do teste *Simplex* que “constitui o primeiro instrumento técnico de que o legislador dispõe para avaliar de forma preventiva os encargos administrativos das normas jurídicas”.⁵⁷³ Em 2008 foi publicado o manual intitulado “Regras de Legística a observar na elaboração de atos normativos da Assembleia da República”. Esse trabalho constitui um documento importante ao fixar princípios de observação na formulação das leis pela Assembleia como também ao esclarecer que a “legística vai muito além dos problemas de estilo”. A evidência de um sistema legal inseguro pode causar prejuízos graves, sobretudo de

⁵⁷⁰ SÉNAT DE BELGIQUE. **Projet de loi instituant une procédure d'évaluation législative**. Session de 1998-1999. Disponível em: <<http://www.senate.be/www/webdriver?MltabObj=pdf&MlcolObj=pdf&MlnamObj=pdfid&MltypeObj=application/pdf&MlvalObj=16780922>>. Acesso em 29 dez. 2014. Conforme ainda: HABER, Carolina Dzimidas. **A Relação entre o Direito e a Política no processo legislativo penal**. Tese apresentada ao programa de Doutorado em Direito do Estado na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 118-119.

⁵⁷¹ DUARTE, David. PINHEIRO, Alexandre Sousa. ROMÃO, Miguel Lopes. DUARTE, Ricardo. **Legística: Perspectivas sobre a concepção de redação de atos normativos**. Coimbra: Almedina, 2002.

⁵⁷² PAULA, Felipe de. ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Avaliação legislativa e projeto pensando o direito: uma afortunada aproximação. In: **O papel da pesquisa política legislativa: metodologia e relato de experiências do Projeto Pensando o Direito**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 29.

⁵⁷³ “É um modelo de avaliação do impacto normativo inspirado, na sua primeira parte, no teste Kafka, usado na Bélgica desde Outubro de 2004. Na sua elaboração foram ainda tidos em conta outros modelos, tais como o Regulatory Impact Assessment, utilizado no Reino Unido e as “Linhas Directrizes da Avaliação de Impacto” da Comissão Europeia. Foram ainda consideradas as conclusões e as recomendações constantes dos relatórios finais do “Grupo de Alto Nível para a Qualidade Legislativa (Grupo Mandelkern)”; da “Comissão para a Simplificação Legislativa” criada pela Resolução do Conselho de Ministros no 29/2001, de 9 de Março; e da “Comissão Técnica do Programa Estratégico para a Qualidade e Eficiência dos Atos Normativos do Governo”, criada pelo Despacho no 12017/2003 do Ministro da Presidência (DR II série do DR de 25 de Junho).” BRASIL. **Despacho nº 12017/2003** do Ministro da Presidência (DR II série do DR de 25 de Junho). Disponível em: <http://www.simplex.pt/2006programa/programa2006_04SimplificacaoPreventivaC.html>. Acesso em: 29 dez. 2014.

ordem econômica ao repelir investimentos estrangeiros. A essa constatação ainda soma-se o próprio enfraquecimento da autoridade da lei. A inflação legislativa clama aos domínios da legística, a existência de uma racionalidade metódica que estabeleça os limites da intervenção do legislador.⁵⁷⁴

No curso da realidade francesa restou publicado em junho de 1995 o relatório *“L’insoutenable application de la loi”* que apontava quatro obstáculos para uma boa atividade legislativa: i) a intervenção tardia; ii) a proliferação legislativa; iii) a má qualidade legislativa e, iv) a fraca acessibilidade da legislação. Também foi indicada uma série de medidas para reduzir as iniciativas legislativas e proceder a uma codificação sistemática.⁵⁷⁵ Como parte desse processo foi criado o *“Office parlementaire pour l’évaluation de la législation”* pela lei nº 96.516 de 14 junho de 1996. O Escritório Parlamentar para a avaliação da legislação fez parte de um movimento para renovar o trabalho do Parlamento francês e teve por finalidades reunir informações e estudos para avaliar a adequação da legislação às situações as quais se aplica, bem como, foi investido com a missão de simplificação da legislação.⁵⁷⁶ Contudo, referido escritório foi abolido pela Lei nº 2009.689 de 15 junho 2009, sobretudo em razão de sua produção inexpressiva, foram publicados apenas três relatórios: Relatório nº 343 (1998-1999) Relatório nº 120 (2001-2002) e Relatório nº 404 (2005-2006).⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ Regras de Legística a observar na elaboração de atos normativos da Assembleia da República. Lisboa: Assembleia da República, 2008.

⁵⁷⁵ FRAGA, Ana. VARGAS, Ana. Da qualidade da legislação ou de como o legislador pode ser um fora-da-lei. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 59-102, jan./dez., 2007, p. 87.

⁵⁷⁶ SÉNAT ACCUIEL. **Office parlementaire pour l’évaluation de la législation**. Disponível em <<http://www.senat.fr/commission/legislation/index.html>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

⁵⁷⁷ “L’office a été supprimé par la loi n° 2009-689 du 15 juin 2009 tendant à modifier l’ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires et à compléter le code de justice administrative. Depuis plusieurs années, les membres du Parlement se sont montrés de plus en plus soucieux de suivre avec attention l’application des lois qu’ils votaient, afin d’éviter, notamment, que la non publication de textes réglementaires indispensables à leur mise en oeuvre ne vienne faire échec, au moins temporairement, aux décisions prises par eux. Le suivi de l’application des lois est devenu de plus en plus indissociable de la mission première du législateur, faire la loi. Parallèlement, députés et sénateurs ont pris conscience, comme la plupart des usagers du droit, d’une relative dégradation de la qualité de la loi, de plus en plus instable, complexe et, souvent, difficile d’accès. De cette double évolution, est née l’idée d’évaluation de la loi, tâche nouvelle pour laquelle l’Assemblée nationale et le Sénat ont décidé de se doter d’une structure spécifique qui leur soit commune. Aux termes de la loi n° 96-516 du 14 juin 1996 qui l’a créé, l’Office parlementaire d’évaluation de la législation est chargé, « de rassembler des informations et de procéder à des études pour évaluer l’adéquation de la législation aux situations qu’elle régit ». Il est aussi investi d’une mission de « simplification de la législation » (article 6 quater de l’ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires)”. ASSEMBLÉE NATIONALE. **L’Office parlementaire**

Cumprе ressaltar, ainda na experiência francesa, a atuação do *Conseil d'État*. “O Conselho de Estado é o conselheiro do governo na preparação de projetos de lei, de *ordonnances* e de alguns decretos”.⁵⁷⁸ Já o controle de constitucionalidade dos atos de Parlamento é competência do *Conseil Constitutionnel*. Referido conselho criado pela Constituição da V República, em 4 de outubro de 1958. É uma jurisdição dotada de diversas competências, especialmente de controle de conformidade da lei com a Constituição.⁵⁷⁹

d'évaluation de la législation. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/office-legislation.asp>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

⁵⁷⁸ “O Conselho de Estado atende a solicitações governamentais de pareceres sobre questões jurídicas e realiza, sob requisição governamental ou por iniciativa própria, estudos sobre questões administrativas ou políticas públicas. O Conselho de Estado é também o juiz administrativo supremo: é o julgador de última instância das atividades do poder executivo, das coletividades territoriais, das autoridades independentes e dos estabelecimentos públicos administrativos ou dos organismos que dispõem de prerrogativas de poder público. Por sua dupla função, jurisdicional e consultiva, o Conselho de Estado assegura a submissão efetiva da administração francesa ao Direito. Constitui, portanto, um dos mecanismos essenciais do Estado em nosso país.

Enfim, o Conselho de Estado é o administrador geral de todos os tribunais administrativos e das cortes administrativas de apelação.” Em números: 110 projetos de lei, 900 projetos de decreto regulamentar, 300 textos não regulamentares examinados todos os anos. LE CONSEIL D'ÉTAT. ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE. **Em números: 110 projetos de lei, 900 projetos de decreto regulamentar, 300 textos não regulamentares examinados todos os anos.** Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

⁵⁷⁹ “La competencia del Consejo Constitucional, delimitada por la Constitución, es concretada y completada mediante leyes orgánicas. Las atribuciones que le confían estos textos pueden clasificarse en dos categorías: 1 – Una competencia jurisdiccional que comprende dos contenciosos distintos: a) Un contencioso normativo- Juez de la constitucionalidad de las leyes, el Consejo constitucional ejerce tanto un control a priori, como un control a posteriori. a.1) Control a priori :El Consejo Constitucional es obligatoriamente consultado en relación con las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de la promulgación de las primeras y de la entrada en vigor de los segundos. Puede ser requerido sobre un instrumento internacional antes de su ratificación o de su aprobación. En relación con las leyes ordinarias, el Consejo puede ser requerido sobre una Ley antes de su promulgación. En estos dos últimos casos descritos, el Consejo es requerido, según modalidades variables según el acto controlado, sea por una autoridad política (Presidente de la República, Primer ministro, presidente de la Asamblea nacional o del Senado), sea por 60 diputados o 60 senadores como mínimo. Desde 1999, el Consejo constitucional puede igualmente examinar la conformidad de las leyes locales adoptadas por el Congreso de Nueva Caledonia con la Constitución. a.2) Control a posteriori: Desde el 1 de marzo de 2010 y tras la revisión constitucional de 23 de julio de 2008, el Consejo constitucional, por reenvío del Consejo de Estado o del Tribunal de casación, controla si una disposición que ya es aplicable atenta contra los derechos y las libertades asegurados por la Constitución. En este caso, un recurrente está en el origen del control de constitucionalidad ejercido, puesto que la cuestión realizada ha sido planteada con ocasión de una instancia en curso ante una jurisdicción. Se parla de cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC). - Juez del reparto de competencias entre la ley y el reglamento, el Consejo constitucional puede ser requerido, sea durante la discusión parlamentaria por el presidente de la cámara afectada o el Primer ministro, sea a posteriori por este último para desclasificar una disposición legislativa; es decir, modificar por decreto tal disposición cuyo contenido es de naturaleza reglamentaria.- Desde la revisión de 23 de julio de 2008, el Consejo constitucional puede ser llevado a verificar si las condiciones de presentación de los proyectos de ley responden a las condiciones fijadas por una ley orgánica (ley orgánica nº 2009-403, de 15 de abril) [...]”. CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Présentation générale.** Disponível em: <<http://www.conseil->

No Reino Unido, já na década de 80 iniciaram-se as ações relativas à avaliação legislativa quando então, “os atos normativos passaram a ser acompanhados de uma avaliação de custos que seriam gerados em função de seu cumprimento, especialmente daqueles que produzem impacto sobre a atividade empresarial”.⁵⁸⁰ O processo de reforma e otimização da ação normativa também contou com a adoção em 1994 do *Desregulation and Contracting Out Act* (“Lei da Desregulamentação e Contratação”) cujo objetivo era “a revogação das leis e dos regulamentos que se tivessem tornado obsoletos, redundantes ou desnecessários.”⁵⁸¹ Em 1998 foi implementado o Regulatory Impact Assessment - RIA (Avaliação de Impacto Normativo), “para os novos atos legislativos e regulamentares que viessem gerar efeitos sobre a atividade empresarial e também sobre aquelas sem fins lucrativos. Atualmente denominado *Impact Assessment* - IA, a avaliação de impacto constitui-se em uma ferramenta de ajuda para os decisores.”⁵⁸² Meneguim ressalta ainda no contexto britânico a existência da *Law Commission*.⁵⁸³ Com efeito, a Comissão de Direito é o órgão estatutário independente, criado em 1965, para manter a lei em análise e recomendar reforma onde ela é necessária. Dentre os seus objetivos estão: assegurar que a lei seja atual e simples (inteligível); realizar pesquisas e consultas, a fim de fazer recomendações sistemáticas para apreciação pelo Parlamento, e; *codificar* a lei, eliminar anomalias, revogar decretos obsoletos e desnecessários e reduzir o número de estatutos separados.⁵⁸⁴

O modelo norte Americano para o planejamento da lei dispõe do auxílio, no âmbito parlamentar, da Consultoria do Congresso (*Congressional Research Service* - CRS). Diante da

constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/presentacion-general/presentacion-general.25785.html>. Acesso em: 29 dez. 2014.

⁵⁸⁰ CASTRO, Alexandre Vilela Jardim de. **Avaliação Legislativa na experiência estrangeira**: possibilidades da aplicação na produção normativa de Belo Horizonte. Monografia apresentada ao Curso de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007, p. 25.

⁵⁸¹ CASTRO, Alexandre Vilela Jardim de. **Avaliação Legislativa na experiência estrangeira**: possibilidades da aplicação na produção normativa de Belo Horizonte. Monografia apresentada ao Curso de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007, p. 25.

⁵⁸² CASTRO, Alexandre Vilela Jardim de. **Avaliação Legislativa na experiência estrangeira**: possibilidades da aplicação na produção normativa de Belo Horizonte. Monografia apresentada ao Curso de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007, p. 25-26.

⁵⁸³ MENEGUIN, Fernando B. **Avaliação de impacto legislativo no Brasil**. Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, Março 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/conleg/centroaltosestudios1.html>>. Acesso em: 13 set. 2014.

⁵⁸⁴ LAW COMMISSION. **HOME**. Disponível em: <<http://lawcommission.justice.gov.uk/>>. Acesso em: 13 set. 2014.

existência de questões sociais cada vez mais complexas, impera-se a necessidade de uma análise criteriosa e abrangente. Nesse sentido, a CRS oferece auxílio interdisciplinar aos legisladores a fim de constituírem decisões mais sólidas que irão guiar e moldar a nação de hoje e as gerações vindouras.⁵⁸⁵ No âmbito do Poder Executivo a Ordem Executiva (*Executive Order*) nº 12.866 de 1993 ao apresentar seu planejamento de regulamentação e avaliação exortava para o fato de que o povo americano tem direito que o sistema regulatório trabalhe para ele e não contra ele. Nesse sentido, o processo regulatório deve se tornar mais eficiente.⁵⁸⁶ No transcurso na presente gestão Obama foi emitido em 18 de Janeiro de 2011 a Ordem Executiva 13563, "*Improving Regulation and Regulatory Review*," para reafirmar e complementar a Ordem Executiva 12866.⁵⁸⁷ Haber enfatiza ainda no âmbito da Casa Branca o *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) que pertence ao *Office of Management and Budget*.⁵⁸⁸ O OIRA desempenha um papel importante na coordenação e revisão dos regulamentos federais a fim de se coibir políticas incoerentes, incompatíveis, ou em duplicidade.⁵⁸⁹

A experiência Italiana também tem se destacado nos estudos de aprofundamento sobre a qualidade da lei. Em maio de 2011 foi publicada na Itália a obra de Zaccaria intitulada "*Fuga dalla legge?*" Referida obra é produto de um ciclo de seminário sobre a qualidade da lei realizado no âmbito das Universidades italianas de Gênova, Florença,

⁵⁸⁵ "The Congressional Research Service (CRS) serves as shared staff to congressional committees and Members of Congress. CRS experts assist at every stage of the legislative process — from the early considerations that precede bill drafting, through committee hearings and floor debate, to the oversight of enacted laws and various agency activities. CRS approaches complex topics from a variety of perspectives and examines all sides of an issue. Staff members analyze current policies and present the impact of proposed policy alternatives. CRS services come in many forms: reports on major policy issues; tailored confidential memoranda, briefings and consultations, seminars and workshops, expert congressional testimony, responses to individual inquiries". LIBRARY OF CONGRESS. **About CRS**. Disponível em: <<http://www.loc.gov/crsinfo/about/>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

⁵⁸⁶ FEDERAL REGISTER. Federal Register, vol 58, nº190, 1993. **Part VIII. The President**. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/inforeg/EO12866.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

⁵⁸⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The White House. **Executive Order 13563 "Improving Regulation and Regulatory Review"**. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/01/18/improving-regulation-and-regulatory-review-executive-order>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

⁵⁸⁸ HABER, Carolina Dzimidas. **A Relação entre o Direito e a Política no processo legislativo penal**. Tese apresentada ao programa de Doutorado em Direito do Estado na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 120.

⁵⁸⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Office of Information and Regulatory Affairs**. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/omb/oira>>. Acesso em 30 dez. 2014.

Bolonha, Roma, Universidade Católica do Sagrado Coração de Milão e a Escola Superior Santa Anna de Pisa. Trata-se de um inventário sobre a prática legislativa italiana, sobretudo no que concerne a propensão marcante do governo de usar cada vez mais o ato de delegação ou do decreto de emergência, no lugar da regra aprovada no Parlamento. Diante desse cenário, a anomalia mais preocupante é o fato de que referidos atos são introduzidos com facilidade e com a extensão de algumas formas episódicas completamente atípicas da legislação.⁵⁹⁰

Com efeito, a preocupação com a qualidade da lei transcende fronteiras e é objeto de programas e regulamentos tanto no âmbito do Poder Executivo quanto na esfera do Poder Legislativo. Ao longo da história a formulação da lei pelo Poder Legislativo representa uma conquista ao limitar o poder individualizado do monarca para o primado da Constituição e do próprio Estado de Direito.⁵⁹¹ Contudo, no *mundo contemporâneo* sob a égide da democracia, a preocupação com deslocamento da produção da lei perde força para outro desafio, qual seja a coexistência entre os ordenamentos jurídicos nacionais e supranacionais que impõe diálogos entre as esferas de poder. Um ponto fulcral para harmonia interna e externa da ordem jurídica é o processo de produção de regras e recomendações. Nesse cenário, pode-se cogitar na produção de uma legística internacional como um novo desafio para os sistemas. A toda evidência essa empreitada também está cercada por problemas que transcendem a legística interna. No âmbito internacional as recomendações sobre a legística representam a *boa prática*, isto é, não obrigam o cumprimento. Em linhas gerais, a decisão de legislar está sujeita à consciência do redator seja um técnico, acadêmico ou parlamentar e, como tal, muitas vezes, está limitado, sobretudo por razões temporais e orçamentárias que impõem obstáculos à prática da legística material. Em verdade, não há como “esperar milagres de um procedimento legislativo *racionalizado*”. Para além das exigências metódicas, a produção da lei é marcada por um jogo político imerso em interesses, paixões e ideologias.⁵⁹² Sabe-se que o “tempo da

⁵⁹⁰ ZACCARIA, Robert. **Fuga dalla legge**: Seminari sulla qualità della legislazione. Brescia: Grafo edizioni, 2011.

⁵⁹¹ HORTA, Raul Machado. Poder legislativo e monopólio da lei no mundo contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 31, n.º123, jul./set., 1994, p. 150.

⁵⁹² FLÜCKIGER, Alexandre. DELLEY, Jean-Daniel. **A elaboração racional do direito privado: da codificação à legística**. Tradução: Paulo Roberto Magalhães. Revisão da tradução: Maria Lina Soares Souza. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan./dez. 2007, p. 57.

lei é diferente do tempo das pessoas” e, em que pese os desafios a serem transpostos, a preocupação com a qualidade da lei representa uma tônica em escala ascendente.⁵⁹³

Fixadas as bases da Legística para o processo de criação e avaliação da lei importa adentrar no um campo do agir prudente aplicável à qualidade da lei . Esse tema será aprofundado a seguir.

2.4 A legisprudência: o agir prudente como técnica emoldurante e a fundamentação da racionalidade legislativa.

“Vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade”.⁵⁹⁴

“[...] No contexto de uma obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa, [...] a lei passa por um processo de amadurecimento. Deve adaptar-se a um meio em mutação. A lei não pretende mais estabelecer uma solução definitiva. Consequentemente, o papel do legislador não termina mais no momento da votação final de adoção do texto legislativo; esta última etapa é, ao contrário, apenas o começo”.⁵⁹⁵

A preocupação com a qualidade da lei a partir dos domínios da Legística desperta para análise de outro problema: se a tarefa de criação da lei é uma função típica do Poder Legislativo, qual é o papel da jurisdição constitucional para a *nomogêneses legislativa*? O que há em comum entre os magistrados e os legisladores, além da obediência à norma constitucional? Nesse tópico é analisado o diálogo entre o poder legislativo e poder judiciário a partir da *legisprudência* diante de um contexto democrático. Na segunda parte do trabalho desenvolve-se a técnica de controle preventivo de constitucionalidade nos casos em que o STF é provocado a exercer o controle sobre os atos do Parlamento.

⁵⁹³ CRISTAS, Assunção. **Legística ou a arte de bem fazer leis**. Revista CEJ, Brasília, n. 33, p. 78-82, abr./jun. 2006, p. 79-81.

⁵⁹⁴ CRUET, Juan. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa, 1908.

⁵⁹⁵ FLÜCKIGER, Alexandre. **A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais**. Senatus, Brasília, v.7, n.1, p.14-23, jul. 2009, p. 20.

Magistrados e legisladores exercem funções distintas na dinâmica do Poder Estatal. Na terminologia de Hayek, o *nomos* refere-se ao direito produzido pelos juízes e representa a salvaguarda das liberdades.⁵⁹⁶ Ao passo que, a *thesis* é a representação do Direito editado pelo legislador.⁵⁹⁷ Maximiliano utiliza a metáfora do dramaturgo e do ator para compreender a relação entre legislador e juiz. Assim, se temos um artista verdadeiro, este não se limita a uma produção *pálida e servil*, mas dá vida à interpretação. Da mesma forma, o magistrado deve trabalhar o aperfeiçoamento dos dispositivos legais como um “intermediário entre a letra morta dos códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade”.⁵⁹⁸

Com efeito, e em razão da especialidade de funções, pode-se questionar, como fez Caenegem: “O que é melhor: o direito dos precedentes, o direito das leis ou o direito dos livros?”⁵⁹⁹ A resposta a essa questão obedece à dinâmica do tempo e do contexto. Lima Lopes recorda que o primado de uma função deve ser analisado à luz da história. Contudo, o que se verifica é que os legisladores, ao dominarem a cena no Estado Moderno, “como fruto do matrimônio político de uma corrente do direito natural e do positivismo novecentista tiveram que compartilhar com os coadjuvantes: a doutrina e a jurisprudência”.⁶⁰⁰ Na contemporaneidade está em voga o *estelionato da criatividade* do Direito em decorrência de um *ativismo judicial*. Mas será esse o cerne da questão? O que se verifica é que em todos os

⁵⁹⁶ “A ordem que o juiz deve manter não é, portanto, um estado de coisas específico, mas a regularidade de um processo que se funda na proteção de algumas expectativas dos indivíduos contra a interferência de outros. Competirá ao juiz decidir de uma maneira que corresponda em geral ao que as pessoas consideram justo, mas por vezes ele terá que decidir que o aparentemente justo pode não o ser, porque frustra expectativas legítimas. Nesse caso deverá deduzir suas conclusões não apenas de premissas claramente expressas, mas de uma espécie de ‘lógica situacional’ baseada nas exigências de uma ordem de ações vigente que é, ao mesmo tempo, o resultado não intencional e o fundamento lógico de todas aquelas normas que ele deve considerar firmadas” HAYEK, Frederick August von. **Direito, Legislação e Liberdade**. São Paulo: Editora Visão, 1985, p.133.

⁵⁹⁷ *Thesis* refere-se ao fruto da vontade do homem (direito público) como criação intencional de regramentos. Trata-se de uma ordem resultante de uma decisão deliberativa. HAYEK, Frederick August von. **Direito, Legislação e Liberdade**. São Paulo: Editora Visão, 1985.

⁵⁹⁸ “[...] Não o consideram autômato; e sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e social”. [...] “A tendência racional para reduzir o juiz a uma função automática, apesar da infinita diversidade dos casos submetidos a seu diagnóstico, tem sempre e por toda a parte soçobrado ante a fecundidade persistente da prática social”. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 59.

⁵⁹⁹ CAENEGEM, Raoul Van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.89.

⁶⁰⁰ LIMA LOPES, José Reinaldo. **Apresentação à obra**: CAENEGEM, Raoul van. *Juízes, legisladores e professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

tempos juristas, legisladores e magistrados “nunca estiveram ausentes das cortes, dos palácios e da vida política”.⁶⁰¹ E que “os juízes fazem Direito todos os dias, apesar de ser uma *heresia* dizer isso”.⁶⁰² Em verdade, nos Estados Democráticos de Direito, as bases constitucionais não implicam necessariamente em um *governo de juízes*, mas um *governo com juízes*.⁶⁰³

O *governo com juízes* pautado no *Rule of Law* e no *Judicial Review* lança as bases para se pensar o diálogo entres as funções do Estado, em especial a função legislativa e judiciária. Com efeito, em que pese as diferentes atribuições, há um ponto em comum entre essas duas funções: a ideia de *prudência*.

Em linhas gerais, é possível eleger três sentidos para o termo Prudência: i) prudência em Aristóteles; ii) a ideia de prudência em São Tomás de Aquino e; iii) a concepção de prudência política. A prudência para Aristóteles era uma espécie de saber que orienta a ação (*práxis*), sendo prudente aquele que “sabe agir, que sabe tomar as decisões corretas nas diversas situações da vida humana.”⁶⁰⁴ Em outras palavras, o conceito grego de prudência (*phronesis*), trabalhado por Aristóteles, se refere a um tipo de saber prático capaz de determinar em cada caso concreto qual é o justo meio, isto é, a medida para alcançar uma ação justa. Esse saber prático é também revelado na aplicação da lei (no contexto do direito natural), uma vez que “a lei bem elaborada faz essas coisas retamente, ao passo que as leis elaboradas às pressas não o fazem assim tão bem”.⁶⁰⁵ Ainda, nas palavras de Aristóteles:

“[...] Eis porque não permitimos que um homem governe, mas sim a lei, visto que um homem pode governar em seus próprios interesses e tornar-se um tirano. Por outro lado, o magistrado é um guardião da justiça e, portanto também guardião da igualdade. E já que se supõe que ele não possa mais do que a sua parte, se é justo [...], ele deve ser recompensado, e

⁶⁰¹ LIMA LOPES, José Reinaldo. **Apresentação à obra**: CAENEGEM, Raoul van. Juízes, legisladores e professores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

⁶⁰² Trata-se da expressão de Lorde Dennig constata da obra de STEVENS, R. **Law and Politics**. The House of Lords as a Judicial Body (1800 – 1976), Londres, 1979, p. 490.

⁶⁰³ SWEET, Alec Stone. **Governing with judges**. Constitutional politics in Europe, Oxford: Oxford University Press, 2000.

⁶⁰⁴ BARZOTTO, Luís Fernando. **Filosofia do Direito**: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 158.

⁶⁰⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2003. Livros V, p. 105.

sua recompensa é a honra e o privilégio; contudo, aqueles para os quais essas coisas não são o bastante, tornam-se tiranos”.⁶⁰⁶

A sabedoria prática (a prudência), enquanto uma virtude, é uma capacidade verdadeira e raciocinada de agir no que diz respeito às ações relacionadas com os bens humanos, com o singular e o contingente. Aristóteles distingui ainda a sabedoria prática e a sabedoria política. Ambas correspondem a mesma disposição de alma (alma racional), porém possuem essências diferenciadas. A sabedoria prática que desempenha o papel de controlador é a sabedoria legislativa, ao passo que a que se relaciona com os assuntos da cidade é conhecida como Ciência Política e liga-se à deliberação.⁶⁰⁷

Barzotto recorda também a concepção romana de Direito (*jus*) e o saber prudencial que incide sobre este (*a jurisprudentia*). O *jus* é algo que é dito. Se na Roma antiga cabia ao sacerdote dizer o *jus*, com o desenvolvimento da sociedade romana a atividade de *respondere*, determinar o *jus* em cada caso concreto, passou a ser exercida pelos membros da aristocracia republicana: “o jurisconsulto pontífice cede lugar ao jurisconsulto leigo, o *prudens*”.⁶⁰⁸ Com o tempo os jurisconsultos ao prestarem culto à justiça e professando um conhecimento do equitativo, passam a conceber o saber prudencial como um saber ético. Algo de se constrói de maneira responsável.

Para Santo Tomás de Aquino, a prudência é a principal das virtudes cardeais e seu princípio é a inteligência reta. A *prudentia* como *recta ratio agibilium*. Essa concepção de prudência conduz a algumas implicações existenciais, a saber: i) é uma virtude que versa sobre a realidade contingente, singular, infinitamente variada, com a qual o indivíduo se encontra e requer de si uma decisão; ii) para decidir corretamente, o indivíduo deve enxergar a verdade (*o logos*); iii) uma atitude racional, é a limpidez da inteligência que vê o real (e isto é uma qualidade moral: só o homem de coração puro vê o real).⁶⁰⁹

Sellés recorda que a prudência Tomista é um atributo de extensão social que se estende à esfera: i) individual; ii) economia e familiar; iii) militar; iv) de governo e; v) cívica

⁶⁰⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2003. Livros V, p. 116.

⁶⁰⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2003. Livros VI, p. 141.

⁶⁰⁸ BARZOTTO, Luís Fernando. **Filosofia do Direito**: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 172.

⁶⁰⁹ AQUINO, Tomás de. **A prudência**: a virtude da decisão certa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ou política. Em especial, quanto a essas duas últimas, se referem à prudência na regência da sociedade e, no contexto da prudência política, tem-se que: se a lei for imprudente, mas é aceita pelos cidadãos, estes se tornam *imprudentes*. Ainda, se a lei repercute em prejuízo dos demais, mas é aceita, os cidadãos se tornam *injustos*.⁶¹⁰ De toda sorte, que a prudência é a sabedoria a respeito das coisas humanas. “Não há justiça e fortaleza que possam opor-se à virtude da prudência; e todo aquele que for injusto é, ao mesmo tempo e antes de mais nada, imprudente.”⁶¹¹

O sentido de prudência política, por sua vez, indica ser uma síntese dessas experiências, aplicáveis, porém, a ação dos representantes da sociedade para o *bem comum*. Enquanto primado de ordem universal também consiste em “fazer o bem e evitar o mal”. Nesse sentido, a prudência política é um *jogo bilateral* entre governantes e governados. E, no regulamento do jogo, impera-se a lei como salvaguarda da *res publica*.⁶¹²

E como a prudência pode contribuir para a qualidade da lei no seu processo de formação? Sob esse aspecto a racionalidade jurídica tradicional (a Dogmática) é convidada a somar-se à Teoria da Legislação. E do fruto dessa associação pode ser compreendido o sentido de *legisprudência*, como uma vertente prudencial da Legística. Para Mader o termo legisprudência⁶¹³ é mais completo que o termo Legística, uma vez que indica uma abordagem mais global da legislação e abre efetivamente as fronteiras para os estudos

⁶¹⁰ SELLÉS, Juan Fernando. **La virtud de la prudência según Tomás de Aquino**. Pamplona: Universidad de Navarra, 1999, p. 88.

⁶¹¹ PIEPER, Josef. **Virtudes fundamentais**. Lisboa: Aster, 1960. p.14.

⁶¹² PALACIOS, Eulogio Leopoldo. **La prudencia politica**. Ediciones Rialp, S.A., 1957.

⁶¹³ Com efeito, “no âmbito da legisprudência são identificados sete domínios: i) Metodologia Legislativa (analisa as questões relativas ao conteúdo da lei, propõe a monitoração da lei e a sua avaliação); ii) Técnica Legislativa ou Legística formal (analisa as questões derivadas da transmissão da vontade do legislador - seleção do ato legislativo, definição da estrutura do ato legislativo, determinação da densidade normativa); iii) Formulação Legislativa ou Aspectos Linguísticos e Comunicacionais (aborda as questões da redação, da linguística e da comunicação legislativa); iv) Procedimento Legislativo (analisa as questões do procedimento externo da lei); v) Gestão de Projetos Legislativos (considera as questões da gestão dos projetos legislativos – os recursos, o tempo de preparação do projeto, o recolhimento, interno e externo, de informação); vi) Sociologia da Legislação (aborda as questões da implementação e dos efeitos da lei, com particular atenção às consequências da lei na realidade social) e Teoria da Legislação (estudo do conceito e da evolução das leis).” MADER, Luzius. Legislação e jurisprudência. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 193-206, jan./dez., 2007, p. 199-200.

sobre a qualidade da lei que antes eram confinados aos domínios da política.⁶¹⁴ A utilização do termo Legisprudência se deve ainda a uma crítica de Mader sobre o emprego das terminologias *Ciência da Legislação* e *Arte da Legislação*.⁶¹⁵

A perspectiva da Legisprudência ganha relevo como “uma teoria normativa da legislação articulada à teoria do direito que tem como objeto de estudo o processo de criação das normas”.⁶¹⁶ E na gênese desse processo verifica-se que o *dever de justificação* para a criação de regras é “apresentado como condição de legitimidade e de otimização do caráter democrático do sistema.”⁶¹⁷ A prudência, como bem decidir, confere maior racionalidade ao processo de justificação, uma vez que esta passa a ser o resultado de um “processo dialógico fundado em uma racionalidade prática”.⁶¹⁸ Tavares destaca que “nos últimos tempos, vem-se consolidando o termo Legisprudência” e, em que pese não haver “unanimidade quanto à escolha da terminologia como a mais adequada à identificação dos

⁶¹⁴ “Este é um neologismo que prefiro às expressões *legística* ou “*ciência da legislação*”. O termo *légistique* (*Legistik*) é utilizado com frequência em um sentido mais estrito; [...] a expressão *ciência da legislação* (*Gesetzgebungswissenschaft*) não é de modo algum adequada para englobar também as orientações essencialmente práticas ou pragmáticas desta abordagem global da legislação. O termo “*légisprudence*” corresponde bem à expressão alemã “*Gesetzgebungslehre*” e a analogia subjacente, à palavra *jurisprudence* (*jurisprudência*) está bem adequada ao objeto, métodos e áreas de interesse da disciplina.” MADER, Luzius. *Legislação e jurisprudência. Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 193-206, jan./dez., 2007, p. 198-199.

⁶¹⁵ Para Mader: “Preparar a legislação não é uma atividade científica, ou seja, a *Legística* não é uma disciplina científica em sentido estrito, não é uma ciência. Ela é, até certo ponto, calcada no conhecimento científico, mas ainda permanece em grande parte baseada numa experiência prática e artesanal. Por essa razão, minha tendência é evitar a expressão “*ciência da legislação*”. Por outro lado, a expressão “*arte da legislação*” também é inadequada, já que reforça a ideia tradicional de que o trabalho legislativo não pode ser ensinado ou aprendido e que, portanto, deve ser deixado para as pessoas que têm um talento natural para isso. Mas a *Legística* pode ser ensinada e aprendida. Justamente por essa razão prefiro o termo “*legisprudência*”, que, em analogia à *jurisprudência*, expressa ambas as dimensões do trabalho que deve ser feito, levando em consideração os aspectos práticos e teóricos.” MADER, Luzius. *Anais do Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 50

⁶¹⁶ ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da *Legística* para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In *Anais do Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

⁶¹⁷ SANTOS, Letícia Camilo. *Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência: o diálogo das fontes do direito*. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: UFMG 2011, p. 8.

⁶¹⁸ SANTOS, Letícia Camilo. *Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência: o diálogo das fontes do direito*. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: UFMG 2011, p. 8.

domínios da Teoria da Legislação. Consideramos que o importante é identificar domínios de estudo que permitam uma melhor e mais ampla compreensão do fenômeno legislativo.”⁶¹⁹

A ideia de prudência e justificativa (ou motivação) das decisões é um ponto de intercessão entre a atividade do legislador e do magistrado. Esse diálogo parece reportar aos “tempos medievais quando os juízes eram consultados pelo legislador”.⁶²⁰ E por que, pensar na atualidade em consultar os magistrados? A resposta a essa questão deve ser empreendida a partir de um construto histórico que envolve uma técnica de interpretação e o conflito entre a busca pela vontade do legislador e a busca pela vontade da lei. Savigny notava que “a lei antes de ser uma criação arbitrária do legislador, resultado de sua razão deveria refletir o desenvolvimento histórico de seu povo”.⁶²¹ Contudo, o pensamento de Savigny deve ser contextualizado e compreendido em dois momentos. Em 1814, ao escrever a obra *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (“Da vocação da nossa época para a legislação e a jurisprudência”), lançou um vigoroso ataque contra a ideia de codificação, o sentimento nacional alemão relutava em adotar o Direito do Inimigo (*code Napoléon*).⁶²² Para o autor, o direito representava uma entidade viva como as várias expressões do espírito nacional (*volksgeist*) e deveria ser livre para mover-se como ele, sem ser aprisionado em um código. Contudo, onde encontrar o direito do povo e quem determina seu conteúdo? Com efeito, a convicção comum do povo (*volksgeist*) é o elemento primordial da interpretação da norma. Sobre esse aspecto Savigny revela que essa tarefa não deve ser deixada às *pessoas comuns* por causa por causa da *complexidade da vida*

⁶¹⁹ ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In **Anais do Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009, p. 86.

⁶²⁰ “Não glosem o estatuto; nós o conhecemos melhor que você, pois foi nosso trabalho”, disse Hengham C.J aos advogados que discutiam o segundo estatuto de Westminster.” CAENEGEM, Raoul Van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.13.

⁶²¹ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia Jurídica**. Campinas: Edicamp, 2001.

⁶²² “Quando dizemos que a Alemanha teve de esperar pelo seu código civil até o final do século XIX, isto é literalmente verdadeiro. Não significa, porém, que os códigos fossem desconhecidos na Alemanha. Para as terras prussianas havia o velho *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1789-1792; vários territórios alemães haviam usado o código de Napoleão durante a ocupação francesa, e o reino da Saxônia tinha um código próprio. Além disso, outros campos jurídicos como o processo civil e a organização dos tribunais haviam sido codificados no Império Alemão bem antes que fosse publicado o código civil. A culpa pelo surgimento tardio do O Bürgerliches Gesetzbuch foi principalmente a situação política: não era possível esperar por um código civil comum enquanto a Alemanha estivesse dividida em numerosos estados, assim como seria irrealista tentar introduzir um único código civil para todos os membros continentais da Comunidade Europeia.” CAENEGEM, Raoul Van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 35.

moderna. Assim, o oráculo natural do que sentia o povo deveria ser proclamado entre os professores e os legisladores. Essa luta no plano das ideias representava no plano real a luta pelo poder.⁶²³ Em linhas gerais, no processo de construção da teoria da interpretação, a oscilação entre o *fator subjetivo* (o pensamento do legislador) e o *elemento objetivo* (espírito do povo) constitui o fundamento da divisão da doutrina entre a *Jurisprudência dos Conceitos* na Alemanha e a *Escola da Exegese* na França.⁶²⁴ Entre *mens legis* e *mens legislatoris* não há uma solução satisfatória ao problema da interpretação. Uma vez que o critério objetivo (vontade da lei) desloca a responsabilidade do legislador e favorece um certo *anarquismo*. Já a vontade do legislador pode ser uma mera ficção: a lei é obra de vários espíritos.⁶²⁵ Nino enfatiza que a “formulação de normas por meio da linguagem corrente faz com que a expressão da intenção do legislador esteja limitada pelas falhas que as linguagens naturais apresentam.”⁶²⁶ Para Larenz a expressão *vontade da lei* encerra uma *personificação da lei*, “que só é apropriada para encobrir a relação de tensão que a cada momento pode surgir entre a intenção originária do legislador e o conteúdo em *permanente reformulação* que hoje deve ser considerado como determinante”.⁶²⁷

Essa questão nos remete ao fato de que interpretar é compreender outra interpretação, eleger um dotador de sentidos. Espera-se que essa eleição seja tomada a

⁶²³ Savigny estava particularmente amedrontado com legislaturas democráticas como as da república francesa. Era um homem profundamente conservador, que acreditava em líderes nobres, melhores conhecedores da lei e falando pelo povo: evidentemente, professores de ascendência aristocrática como o próprio Savigny, tinham a vocação preordenada de guardar o direito. As ideias de Savigny foram vitoriosas porque davam voz a algumas tendências antirrepublicanas, antifrancesas e conservadoras profundamente arraigadas em seu tempo. Como consequência, o Direito erudito dos séculos anteriores continuou a predominar e a Alemanha entrou em uma fase na qual os professores de Direito romano experimentou sua última e mais gloriosa apoteose, na escola predominante dos chamados Pandectistas”. CAENEGEM, Raoul Van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 36-37.

⁶²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2008, p. 231-232.

⁶²⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2008, p. 234. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito e sociologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶²⁶ [...] Além disso, o uso da linguagem natural compromete o legislador em decorrência de suas expressões serem interpretadas de acordo com o significado que lhes é atribuído pelos costumes linguísticos do grupo social ao qual as normas destinam”. NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 291.

⁶²⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Gulbenkian, 2012, p. 449.

partir da intersubjetividade. Mormente no que concerne a tentativa dialógica de harmonizar a *subjetividade inevitável* e a *objetividade necessária*.⁶²⁸

Diante dessa premissa, o diálogo interpretativo entre o magistrado e o legislador, ainda no que concerne a nomogêneses normativa, não é tomada hoje por considerar “o legislador como um mostro de muitas cabeças, a partir do qual se tornaria difícil descobrir as reais intenções de centenas de parlamentares que a votaram”,⁶²⁹ mas sim porque a “jurisprudência revela um potencial repertório de sentidos vinculados à dimensão do tempo que devem ser objeto de consideração pelo legislador.”⁶³⁰ A dinâmica prudencial das decisões podem servir ao conteúdo estático da lei. Friedmann e Stein defendem uma espécie de *colaboração solidária* entre o tribunal e o legislador.⁶³¹ Assim, os juízes e legisladores devem se ater aos objetivos de uma lei em relação às circunstâncias sociais que a deram origem; para tanto, como fonte de pesquisa, podem se valer dos relatórios das comissões.⁶³² Especificamente no que concerne ao *iter* de formação da lei e, até mesmo mais tarde, com o nascimento da lei, o processo de interpretação é marcado por uma análise partidária. A *definitio* que estabelece a relação entre o fato (*questão onomasiológica*) e a significação transposta para do texto legal (*questão semasiológica*) depende da preconcepção do interprete.⁶³³ E em termos de qualidade da lei, o legislador, no próprio ato de fazer normas não se deve colocar *como um fora da lei* ao ignorar ou descumprir dispositivos legais que foram aprovados pelo próprio Parlamento. Nesse sentido, a

⁶²⁸ BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 1980, p. 58-59. Na referente passagem há a alusão à Gadamer no que concerne à *subjetividade inevitável* e à Emilio Bettti sobre o aspecto da *objetividade necessária*. Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. Cf. BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁶²⁹ “Lorde Lloyd of Hampstead, que não tem nenhuma paciência com o próprio conceito de intenção legislativa. ‘O que é isso?’ ele pergunta. E responde: ‘o mínimo de reflexão deixa claro que o legislador não existe...um legislador não tem intenção nenhuma no que se refere a palavras que outros dois ou três redigiram, que um número considerável rejeitou, e... a maioria pode ter ideias e crenças diferentes.’ Quando a legislatura proferiu as palavras de uma lei, outro autor escreve: ‘é *functus officio*’”. CAENEGEM, Raoul van. **Juízes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.13.

⁶³⁰ SANTOS, Letícia Camilo. **Análise da decisão judicial no quadro da jurisprudência**: o diálogo das fontes do direito. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: UFMG 2011, p. 8.

⁶³¹ FRIEDMANN, W. **Legal Theory**. New York: Columbia University Press, 1967, p. 454.

⁶³² STEIN, P. **Legal Institutions**. The development of dispute settlement. Londres: Butterworth Law Publishers, 1984, p. 92.

⁶³³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 307.

preocupação com um maior rigor na avaliação *ex ante* da necessidade de legislar pode contar com o agir prudente e com a experiência das decisões judiciais.⁶³⁴

No campo da Legisprudência, juízes e legisladores são responsáveis pelo dever de justificar as suas escolhas, no contexto de um Estado Democrático de Direito que prima pela transparência das decisões. Os princípios legisprudenciais permitem a realização de um diálogo do ponto de vista hermenêutico entre o legislador e o juiz.⁶³⁵ Essa interação possibilita uma racionalidade prudencial aplicável aos critérios de formação de uma *boa lei*.

A racionalidade do legislador pode ser considerada como um *topos hermenêutico*.⁶³⁶ Para Nino, o postulado do *legislador racional* otimiza a interpretação jurídica na medida em que se extrai *racionalmente* do ordenamento jurídico as regras de interpretação necessárias como critérios justificadoras das decisões.⁶³⁷ Com efeito, o arquétipo do legislador racional representa um modelo que *antropomorfiza* a figura do legislador ideal. A esse legislador ideal são atribuídos *predicados divinos*: “ele é singular; imperecível; único; consciente; finalista; onisciente; justo; onipotente; coerente; onicompreensivo; econômico; preciso e operativo”. Esses predicados funcionam como um manto que encobre as variantes ideológicas que incidem sobre formação da lei, conferindo a esta um caráter de legitimidade *a priori*.⁶³⁸

Diante desse postulado mítico e da ideia de um legislador imperecível através do qual, as leis continuam vigendo⁶³⁹, Wintgens propõe uma nova leitura para a nomogêneses

⁶³⁴ FRAGA, Ana. VARGAS, Ana. Da qualidade da legislação ou de como o legislador pode ser um fora-da-lei. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 59-102, jan./dez., 2007.

⁶³⁵ SANTOS, Letícia Camilo. **Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência**: o diálogo das fontes do direito. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: UFMG 2011, p. 13.

⁶³⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/46/23>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

⁶³⁷ NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica**. México, UNAM, 1974, p. 85-114.

⁶³⁸ “Com efeito, se o legislador real é racional, não se podendo duvidar dessa premissa nem submetê-la a testes de refutação, impõe-se a conclusão lógico-descritiva de que o ordenamento jurídico, que ele institui à sua imagem e semelhança, também ostenta esse predicado, com todas as suas benéficas consequências.” COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/46/23>>. Acesso em: 01 fev. 2014. NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica**. México, UNAM, 1974, p. 91.

⁶³⁹ Em alusão a Hobbes, através do qual as leis civis são responsáveis pela efetividade das leis da natureza: “As leis de natureza e as leis civis contêm-se mutuamente. Toda lei de natureza, com efeito, é uma virtude moral:

jurídica: desloca-se a análise da figura do legislador ideal para a elaboração de uma teoria racional da legislação construída por representantes reais no contexto de suas instituições. E é sobre essa perspectiva que é desenvolvido a proposta de diálogo institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no processo de nomogêneses legislativa.⁶⁴⁰

Prima facie, é preciso compreender a partir da Legisprudência o que se entende por princípio da razão prática aplicável à legislação. Na busca por essa conceituação, Wintgens propõe um modelo alternativo à clássica ideia de *contrato social* defendida por Hobbes e Rousseau.⁶⁴¹ Esses dois autores contratualistas, apesar de suas peculiaridades, presumem que todos os indivíduos são dotados de uma *capacidade racional* idêntica e, ao utilizar essa capacidade racional, todos chegam à conclusão que a adesão ao contrato é preferível à permanência no estado de natureza.⁶⁴² Assim, consentir ao contrato inclui delegar um mandato geral ao soberano e este mandato é mantido enquanto se assegura um propósito

assim são a equidade, a justiça e a gratidão, que como já foi exposto, não são leis propriamente ditas, mas qualidades. Elas são realmente leis, mas leis civis, quando a cidade comanda observá-las. As leis naturais são, portanto, também, leis civis. [...] “Uma vez conhecidas as leis e o legislador, resta ainda, se as leis devem ser obrigatórias, compreender sua verdadeira interpretação, na qual apenas consiste a essência da lei. Ora, pertence à mesma pessoa comandar e interpretar seus comandos, ordenar e explicar suas ordens. O único intérprete de todas as leis é, pois, o detentor do poder soberano ou aquele a quem foi dada autoridade nessa matéria. [...] Com efeito, o legislador não é aquele pela autoridade de quem as leis foram instituídas no começo, mas aquele pela autoridade de quem elas são mantidas. [...] essas leis, mesmo se elas são muito antigas, tiram sua força de lei não do costume, mas da vontade do poder supremo do momento.” HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1974, 2ª parte, cap. XXVI, p. 206-207.

⁶⁴⁰ Santos defende “a análise da decisão judicial no quadro da legisprudência a partir da *teoria do diálogo de fontes* formulada pelo professor alemão Erik Jayme (1995) e divulgada no Brasil pela professora Cláudia Lima Marques (2002), sob a perspectiva pluralista do direito, que tem como motivo fundante os direitos fundamentais.” Referida “teoria pretende alcançar a harmonização do direito nacional com o direito internacional, ou mesmo a harmonia interna do sistema, perante antinomias, conceitos vagos, cláusulas gerais e *double coding* (códigos duplos), levando em conta a necessidade de coordenação das normas perante a pluralidade de fontes legislativas. SANTOS, Letícia Camilo. **Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência: o diálogo das fontes do direito**. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: UFMG 2011, p. 63. Com efeito, reitera-se que a proposta do presente trabalho é fazer uma abordagem da legisprudência a partir do diálogo institucional entre os poderes no contexto de um estado democrático de direito.

⁶⁴¹ WINTGENS, Luc J. Legisprudence as a New Theory of Legislation. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, Vol. 19, No. 1, pp. 1-25, March 2006. Kristan alerta para o fato de que em termos terminológicos Wintgens utiliza a expressão ‘*trad-off modelo of social contract*’ (na versão em inglês) e ‘*modele d’échange*’ (em francês). KRISTAN, Andrej. ¿Cómo justificar una (no) intervención legislativa? Los elementos clave para un discurso legisprudencial. In GRÁNDEZ, Pedro. MORALES, Félix (Coord). **La argumentación jurídica en el Estado constitucional**. Lima: Palestra, 2013, p. 2.

⁶⁴² WINTGENS, Luc J. Legisprudence as a New Theory of Legislation. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, Vol. 19, No. 1, pp. 1-25, March 2006, p.7

geral que em Hobbes é a segurança do indivíduo⁶⁴³ e a igualdade, em Rousseau.⁶⁴⁴ Contudo, para Wintgens, esse modelo de mandato não demanda a justificação da limitação aos direitos individuais, uma vez que referidas normas encontram-se justificadas no mandato geral. Ademais, o conteúdo da lei é legítimo *a priori* porque é derivado de um contrato social. Esse modelo explica o fato da moderna teoria jurídica ter concentrado suas análises sobretudo na atividade judicial e pouco na legislação, mesmo porque criar leis era um domínio fundamentalmente político, que por exclusão deveria ser evitado pela Jurisdição. Nesse cenário, não se questiona a gênese da lei e sua legitimidade deriva-se do contrato social e do critério da vontade geral, *Law is just there*.⁶⁴⁵ Essa matriz é fundamentada e deixa por herança o *princípio da legalidade* que “obriga o jurista a buscar as soluções de direito a

⁶⁴³ “A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e ela ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros.” HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1974, 2ª parte, capítulo XVII, p. 61.

⁶⁴⁴ WINTGENS, Luc J. **Legisprudence**. Pratical reason in legislation. Aldershot: Asgate Publishing, 2012, p. 254. “Je terminerai ce chapitre et ce livre par une remarque qui doit servir de base à tout système social; c'est qu'au lieu de détruire l'égalité naturelle, le pacte fondamental substitue, au contraire, une égalité morale et légitime à ce que la nature avait pu mettre d'inégalité physique entre les hommes, et que, pouvant être inégaux en force ou en génie, ils deviennent tous égaux par convention et de droit (a).” ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Du Contrat Social**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/lv000091.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

⁶⁴⁵ Para Wintgens: “[...] we can proceed to an articulation of the main characteristics of the pattern of legal thinking that was dominant from the seventeenth through to the middle of the twentieth century. It is commonly

labelled as “legalism.” Legalism, as pointed out by Judith Shklar, takes normative behaviour to be a matter of rule-following (Shklar 1964, 1). Zenon Bankowski has added to this that it does not matter where these rules come from (Bankowski 1993). Law is “just there.” WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p.4.

partir da lei, conforme a lei, para além da lei, mas nunca contra a lei.”⁶⁴⁶ A partir desse raciocínio jurídico emerge uma forma de legalismo forte (*strong legalism*). Por legalismo forte entende-se o modelo de mandato do clássico contrato social. Para esse tipo de legalismo, a legislação é uma questão de política, e política é uma questão de escolha. Escolhas são alvo de disputas, assim uma teoria de que tivesse esse tipo de objeto de conhecimento está condenada ao fracasso desde o início. O legalismo então resolve este problema de epistemológica ao transformar a razão prática em um ramo da razão teórica. O que deve ser feito é restrito ao conhecimento das regras que contém direito e deveres. Assim, seguir as regras é uma questão de conhecimento, enquanto a garantia de sua execução é uma questão de aplicação. Como resultado, a posição central do juiz como ator principal dentro do sistema legal e a redução subsequente da jurisprudência a uma teoria da aplicação das regras ‘fica no vazio’. O legislador atua atrás da cena do sistema legal. Seu papel é confinado a um *tomador de decisões políticas*. Os verdadeiros princípios do Direito Público que Rousseau chamou de contrato social concernem no estabelecimento das instituições, e não ao conteúdo das decisões que surgem a partir delas. Isso é uma consequência da soberania: o legislador é um ator soberano dentro do espaço político e não pode ser limitado por regras, ao menos não na forma em que um o juiz é. Se ele fosse, não seria um soberano. Nessa visão a Constituição é um programa político que guia a legislação, não um conjunto de regras limitadoras para o legislador. Como resultado, o legislador não é considerado um ator legal, mas apenas um ator político.⁶⁴⁷ Essa perspectiva, na contemporaneidade, fere o Princípio Republicano, uma vez que o legislador não está acima da lei e o dever de obedecer a Constituição e justificar com princípios jurisprudenciais as suas escolhas. Isso o configura como um ator legal e político ao mesmo tempo.

Com efeito, Wintgens propõe uma releitura do modelo clássico a partir da concepção de um legalismo fraco (*Weak Legalism*).⁶⁴⁸ Em contraste com o modelo de mandato do contrato social e do legalismo forte, o autor propõe um modelo diferente do

⁶⁴⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 1993, p.49.

⁶⁴⁷ WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p.5.

⁶⁴⁸ “O autor propõe uma distinção entre legalismo forte e legalismo fraco como um ponto de partida para a elaboração de uma teoria da legislação racional. WINTGENS, Luc J. (ed.). **Legislation in context**: essays in Legisprudence. Abingdon, Oxon, GBR: Ashgate Publishing Group, 2007, p. 3.

legalismo fraco. Com efeito, se qualquer limitação externa à liberdade é por sua própria existência legítima *ispso facto*, isto resulta no que se vê hoje como o crescimento exponencial do sistema legal.⁶⁴⁹ Em outras palavras, se a legitimidade da lei advém do contrato social pautado na vontade geral, o legislador (mero ator político) não tem que justificar os motivos ensejadores de uma lei, logo se criam leis para qualquer problematidade social o que pode causar excesso de leis, insegurança jurídica e impactos econômicos como a fuga de investimentos externos. Trata-se de um processo de *inflação legislativa* que é um dos objetos de estudo da legística, conforme retratado no tópico anterior. O enfoque legisprudencial é pautado, sobretudo em uma espécie de legística *ex ante*. A qualidade da lei é averiguada enquanto observância ao critério de racionalidade legislativa pautado nos princípios da legisprudência que deveriam ser observados pelo legislador no momento da formação da lei.

Assim, na base do modelo de Wintgens do *legalismo fraco*, os indivíduos não conferem ao soberano um mandato geral; ao revés o modelo implica que a liberdade é negociada a cada e toda limitação externa, isto é, há que se haver uma justificação do legislador ao limitar a esfera de direitos individuais.⁶⁵⁰ Com feito, o modelo clássico de mandato contém uma negociação de liberdade, *a priori* e geral, consubstanciada no contrato geral. Já o modelo negocial (*trade-off model of social contract*) qualifica o caráter do mandato do contrato social, na medida em que os indivíduos não negociam sua capacidade de agir nas concepções de liberdade: eles apenas negociam uma concepção de liberdade; logo, não há um mandato geral, mas apenas a representação de interesses pontuais.

A concretização política da liberdade, tomando esta como um princípio, demanda uma justificação. Dessa forma, a Legisprudência trata do dever da justificação e pode ser definida como uma Teoria Racional da Legislação.⁶⁵¹ A justificação da legislação é marcada como um processo de ponderação e balanceamento das limitações morais e políticas da

⁶⁴⁹ WINTGENS, Luc J. Legisprudence as a New Theory of Legislation. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p.8.

⁶⁵⁰ WINTGENS, Luc J. Legisprudence as a New Theory of Legislation. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p.9.

⁶⁵¹ WINTGENS, Luc J. Legisprudence as a New Theory of Legislation. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p.10.

liberdade. Como base do caráter racional da legislação é necessário um arcabouço principiológico. E a partir desse arcabouço, as limitações externas podem ser justificadas. A justificação é parte do processo de legitimação e compõe um processo contínuo. Wintgens apresenta quatro princípios que dão suporte a razão prática, quais sejam: i) princípio da alternatividade; ii) princípio da densidade normativa; iii) princípio da temporalidade e, iv) princípio da coerência.⁶⁵² Referidos princípios incluem a *prudência* na intervenção do poder do Estado na interação social.

O princípio da alternatividade (*The Principle of Alternativity* - PA) requer que uma limitação externa da liberdade seja justificada como uma melhor alternativa a uma *interação social falha*. Em outras palavras, o legislador deve explicar as razões pelas quais é preferível a limitação da liberdade individual por meio de uma intervenção legislativa (na forma de uma norma imposta de maneira soberana) à interação social deficitária. Contudo é necessário que demonstre também claramente a falha na interação social.⁶⁵³

Na realidade brasileira um exemplo que ilustra essa situação pode ser retirado da Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014, que altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento

⁶⁵² WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 2006, p.10. Em síntese: [...] *Legisprudence* is a normative theory of rational legislation. It holds that external limitations must be justified by four principles. First is the “principle of alternativity,” which requires the justification of external limitations of freedom, typically statutory norms, as a response to failing social interaction. According to the second principle, a statutory norm must be justified by its

normative density by “arguing out” weaker alternatives. Third, the principle of temporality requires a norm giver to uphold a norm over time. Justification of this principle requires continuing argumentation in favor of upholding the norm. Finally, the principle of coherence requires a norm giver to provide argumentative support for the norm in view of the legal system as a whole. These principles are concretizations of freedom as principium: freedom both as the “original situation” and as “the guiding idea in law and politics.” On freedom as the “original situation,” I hold that in the absence of any rational or normative limitation of freedom, people are free”. WINTGENS, Luc J. *Freedom and Legisprudence – a more substantial view: a reply to professor Perju*. In Vlad Perju, “A comment on Legisprudence”. *Boston University law Review*, vol. 89, 2009, p. 1796.

⁶⁵³ WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Vol. 19, No. 1, pp. 1-25, March 2006, p. 10-11. KRISTAN, Andrej. ¿Cómo justificar una (no) intervención legislative? Los elementos clave para un discurso legisprudencial. In GRÁNDEZ, Pedro. MORALES, Félix (Coord). *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*. Lima: Palestra, 2013, p. 12.

cruel ou degradante.⁶⁵⁴ Referida lei foi apelidada de *Lei da Palmada*. Em que pese toda a repercussão social que alardeou a discussão sobre essa lei, no que concerne ao aspecto de uma justificativa objetiva que apontasse a falha da interação social, foi levantado pelos parlamentares, na justificativa do PL, o seguinte argumento:

“As crianças e adolescentes têm o direito de serem educados e cuidados sem o uso de qualquer forma de violência e, nesse quadro, confirma-se o dever do Estado na garantia desse direito, desenhando e executando políticas e alinhando arranjos legais que instalem e desenvolvam sistemas de proteção em todos os níveis de governo. O Comitê dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas enfatiza, neste contexto, que a eliminação do castigo violento e humilhante de crianças, por meio da reforma legislativa e outras medidas necessárias, é uma obrigação imediata e integral dos Estados Partes.”[...] “Enquanto o aparato normativo vem avançando no sentido de coibir a violência praticada contra adultos, nas mais diversas formas, ainda convivemos com um quadro em que a criança e o adolescente são menosprezados, humilhados, desacreditados, ameaçados, assustados ou ridicularizados. A violência contra crianças e adolescentes tem sido, portanto, admitida, a pretexto de se constituir enquanto recurso pedagógico e educativo.”⁶⁵⁵

De fato, não se trata de emitir um juízo sobre o conteúdo da lei, mas sim verificar se os motivos ensejadores para sua criação foram exaustivamente justificados e em razão do PA se foram apresentadas as falhas de interação social. *In casu*, ao que tudo indica trata-se de recepcionar na ordem jurídica interna uma recomendação internacional. Com efeito, o PL expõe ainda que:

“[...] Para além do olhar centrado na observância e aperfeiçoamento do aparato jurídico, incluímos como premissa de apresentação da proposição, portanto, a compatibilização do marco legal em vigor ao sistema internacional e nacional de proteção dos Direitos Humanos de crianças e adolescente e, de forma complementar, sinalizamos para a adoção, em primeiro plano, de medidas preventivas, educativas e de outra natureza que possam ser assimiladas para assegurar a eliminação de tais formas de violência. Contudo, a condição peculiar de crianças e adolescentes e a especificidade das relações intrafamiliares demandam que a decisão de submeter sanções aos pais, ou de interferir formalmente na família de

⁶⁵⁴ BRASIL, Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014, que altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

⁶⁵⁵ Justificativa constante do projeto de lei (EMI nº 00022 SDH/PR) que deu origem à Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014. BRASIL, Congresso Nacional, Julho de 2010, p. 3.

outras maneiras, seja tomada com muito cuidado, premissa que é preservada no âmbito do Projeto de Lei ora proposto.”⁶⁵⁶

Contudo, referida temática não é pacífica em termos de adoção de uma teoria, por configurar uma espécie de *judicialização da vida*, isto é, o Estado passa a adentrar em campos de resolução de conflitos que antes era confiado à esfera do indivíduo, como, por exemplo, a educação dos filhos na esfera familiar.⁶⁵⁷ Em linhas gerais, para Wintgens, o direito deveria atuar apenas como uma *sub-rotina*, isto é, não deveria determinar relações sociais *a priori*, ao preço de destruir a própria interação social. O Direito, ao agir como *sub-rotina*, interfere somente quando a interação social se rompe. Referida ruptura ocorre quando a distância entre os riscos dos agentes se tornam tão estreita que permite que eles interfiram na liberdade um dos outros. Assim, a liberdade pode ser tomada como *distância entre os agentes*. Nesse cenário, as regras deveriam ser construídas como forma de priorizar e alongar a distância entre os agentes.⁶⁵⁸ Inocêncio Coelho recorda ainda que o Código (a lei) não é lugar para experiências, mas sim o lugar para colocar experiências já realizadas. Assim, é melhor que o dispositivo legal nasça com omissões do que com a não previsão consolidada, sobretudo pela jurisprudência.⁶⁵⁹

Em última análise, caso seja comprovada a justificativa para a intervenção do Estado diante de uma falha social em acomodar seus conflitos deveria ser precedida de uma avaliação *ex ante* e também *ex post*, para que a função de um Estado social não se converta em um Estado máximo.

O segundo princípio da legisprudência é o princípio da densidade normativa (*The Principle of Normative Density* - PN). Através desse princípio submete-se uma limitação externa à justificação na proporção da densidade do impacto normativo. Isto é, quanto mais

⁶⁵⁶ Justificativa constante do projeto de lei (EMI nº 00022 SDH/PR) que deu origem à Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014. BRASIL, Congresso Nacional, Julho de 2010, p. 4.

⁶⁵⁷ Para maior aprofundamento teórico sugere-se a leitura das obras de FOUCAULT, em especial: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979; FOUCAULT, M. **Nascimento da Biopolítica**. Curso dado no College de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008. FOUCAULT, M. A verdade e as formas jurídicas (conjunto de conferências pronunciadas em 1973). Rio de Janeiro: NAU, 2002.

⁶⁵⁸ WINTGENS, Luc J. Freedom and Legisprudence – a more substantial view: a reply to professor Perju. In Vlad Perju, “A comment on Legisprudence”. **Boston University law Review**, vol. 89, 2009, p. 1804.

⁶⁵⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. Notas de aula no seminário sobre “a teoria hermenêutica: a teoria de Emilio Betti, em 13.03.2014.

forte a restrição de liberdade constante de uma sanção, mais completa deve ser a justificação. Através desse princípio, o legislador deve mostrar que as alternativas menos restritivas à liberdade individual ou sanções menos sérias são insuficientes. Há que se demonstrar ainda que a sanção escolhida é necessária para realizar o valor, ou alcançar o objetivo de uma intervenção legislativa. Nesse sentido, a punição ao comportamento precisa ser justificada uma vez que a liberdade como *principium* demanda que a ação que incida sobre uma concepção de liberdade deva ser pensada a partir de um processo de ponderação e balanceamento entre as alternativas.⁶⁶⁰ O legalismo fraco propõe a liberdade do indivíduo como um princípio reflexivo: a liberdade requer ‘liberdade’ para ser realizada. Contudo, a liberdade no senso moral possui diversas acepções e a sua redução ao sentido político pode acontecer sem justificações. Deriva-se disso, a necessidade do PN.⁶⁶¹

Wintgens utiliza como exemplo explicativo do princípio da densidade normativa, a questão do uso de drogas em escolas. Com efeito, o autor sugere uma campanha de informação sobre as consequências negativas do uso de drogas, acompanhada de um acordo entre o governo e a escola no sentido de manter o estabelecimento livre de drogas. Adicionalmente um selo seria concedido às escolas que adotassem essa linha de conduta. Por sua vez esse selo poderia ser complementado com fundos adicionais. Um prêmio poderia ser conferido à escola que adotasse essa política. Essa alternativa, na concepção do autor, poderia minimizar a necessidade de uma regra de punição da posse e uso de drogas.⁶⁶²

Esse exemplo pode ser pensado também a partir da perspectiva de Posner, em que o Direito se converte em um sistema de incentivo e guias (para a escolha) que encaminham a conduta do indivíduo para consecução de um fim. Assim, o Direito apresenta-se como um conjunto de incentivos que premia as condutas eficientes e penaliza as ineficientes. A

⁶⁶⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. Seminário “**A teoria hermenêutica: a teoria de Emilio Betti**”. 13 mar. 2014. Notas de aula.. KRISTAN, Andrej. ¿Cómo justificar una (no) intervención legislative? Los elementos clave para un discurso jurisprudencial. In GRÁNDEZ, Pedro. MORALES, Félix (Coord). **La argumentación jurídica en el Estado constitucional**. Lima: Palestra, 2013, p. 12.

⁶⁶¹ WINTGENS, Luc J. (ed.). **Legislation in context: essays in Legisprudence**. Abingdon, Oxon, GBR: Ashgate Publishing Group, 2007, p. 3.

⁶⁶² WINTGENS, Luc J. Legisprudence as a New Theory of Legislation. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p.13.

eficiência é um adequado conceito de justiça. A partir desse contexto, os Indivíduos são criaturas racionais que se comportam tentando maximizar seus interesses. Trata-se do paradigma do cálculo racional em que os indivíduos orientam seus comportamentos a partir de escolhas. No contexto desenvolvido pela Análise Econômica do Direito (AED) - *Law and Economics*, as normas são tomadas a partir de fatos, e não o fato emoldurado na norma. Nesse sentido, é importante uma análise dos efeitos da norma, isto é, o critério de eficiência da mesma, a partir dos fatos ensejadores. A AED propõe um estudo interdisciplinar, a partir do qual a interpretação e avaliação da norma realizam-se a partir dos preceitos da teoria econômica. Noutros termos, a avaliação da eficiência do Direito demanda a análise das consequências econômicas das intervenções jurídicas.⁶⁶³

Ainda no que concerne ao princípio da densidade normativa, uma variedade de possibilidades está disponível para a concretização de um objetivo e as sanções são apenas uma delas. Se a conexão essencial entre uma regra e uma sanção é quebrada, uma nova conexão entre o objetivo e os meios para alcançá-lo deve ser estabelecida. E disso que se trata o princípio da densidade normativa.⁶⁶⁴ Diferentes meios possuem densidades normativas diferentes, logo, com impactos na liberdade distintos. Um instrumento com a mais baixa densidade normativa é o mais indicado no que tange às sanções. Em outras palavras, se uma sanção é utilizada, sua justificação envolve uma ponderação entre as alternativas com impacto normativo mais fraco.

Ao aplicar esse PN à realidade pátria é possível investigar os problemas ensejadores da chamada *Lei Seca*. Essa é a denominação popular para a lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008 que altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que ‘*institui o Código de Trânsito Brasileiro*’ (CT), e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor. Cumpre ainda ressaltar que Código Brasileiro de Trânsito foi modificado em 2012 pela Lei nº 12.760 (nova Lei Seca) tornando as regras mais rígidas para a direção sob a influência de álcool. Esta lei chama

⁶⁶³ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁶⁶⁴ WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p.13.

atenção pelo fato de que, conforme o PN, “quanto maior for a restrição de liberdade constante de uma sanção, mais completa deve ser a justificação”. No caso em tela, o PL 5607/2009 que deu origem a Lei Ordinária 12.760/2012 demonstra como fundamentação:

“[...] A previsão de multa por recusa prevista no § 3º do art. 277 do CT (que é um instrumento importante para criar a cultura no motorista de que ele é responsável, também, pela segurança dos demais, e que seu direito individual deve ser analisado com base no direito da coletividade) tem um limitador importante no caput do art. 277, “estar sob suspeita”. Tal situação vai de encontro com a finalidade das alterações incluídas tanto pela lei 11.275/2008 quanto pela lei 11.705/2008, visto que agora o limite é zero, desta forma, não há como constatar elementos visíveis que configurem uma suspeita como algo muito subjetivo, sob pena de se ver fulminado o processo. Anteriormente à lei 11.705/08, o art. 306 não estabelecia, como condição para configurar o crime, um limite, mas sim a exposição a dano potencial a incolumidade de outrem, ou seja, não importava o quanto a pessoa tinha bebido, mas o risco que ele estava ocasionando às demais pessoas, situação que o agente, no caso concreto, haveria de verificar e registrar o fato na ocorrência policial. O texto atual prevê apenas o índice no sangue, o que limita, e até mesmo ocasiona questionamentos acerca da validade o teste de alcoolemia por meio de etilômetro. Se a equivalência em relação ao etilômetro for estabelecida na lei, haverá maior consistência na utilização desse instrumento que é o meio mais eficaz de fiscalização.”⁶⁶⁵

A partir de uma questão de ordem jurídica, sobretudo centralizada na divergência de interpretação dos artigos constantes do CT e também no que concerne à prática da legislação, o legislador optou por sanções mais restritivas, a fim de se alcançar o objetivo da lei. Contudo, o suporte maior para essa restrição legislativa encontra-se nos dados computados sobre a violência no trânsito e o uso de álcool.⁶⁶⁶

Feita essa contextualização, e em continuidade, o terceiro princípio legisprudencial - o princípio da temporalidade (*The Principle of Temporality – PT*) agrega a dimensão temporal ao sistema legal. No legalismo forte, o sistema legal é um conjunto atemporal de regras que representa a realidade e contém a essência do significado. Contudo, na visão legisprudencial de Wintgens, as regras, caracterizadas como limitações externas, são produto da criação

⁶⁶⁵ Justificativa constante do projeto de lei (5607/2009) que deu origem à nº 12.760/12. BRASIL, Congresso Nacional, Julho de 2009, p. 4-5.

⁶⁶⁶ Conforme os dados apresentados pela Polícia Rodoviária Federal: “A violência do trânsito no Brasil pode ser demonstrada em números. Por ano, pelo menos 35 mil pessoas morrem em decorrência de acidentes. Só em rodovias federais, essa quantidade se aproxima a 7 mil. Numa lista de causas de desastres, a ingestão de álcool aparece entre os sete vilões das estradas. Não se pode negar que motoristas alcoolizados potencializam a gravidade dos acidentes.” Disponível em: <<https://www.dprf.gov.br/PortalInternet/LeiSeca.faces#faq3>>. Acesso em 02 jan. 2015.

humana, e como tal, relacionadas a condições históricas; isto é, a atividade humana é repleta de temporalidade.⁶⁶⁷ Sobre esse aspecto cumpre recordar os ensinamentos de Gadamer: “A lei é sempre deficiente, não porque o seja por si mesma, mas porque frente ao ordenamento a que intencionam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.”⁶⁶⁸

Nesse sentido, as teorias que declaram ter acesso direto à realidade como a de Hobbes ou a de Rousseau, negam o caráter temporal desse acesso. Em contraste com essas *teorias da realidade*, *teorias sobre a realidade* consideram que esse acesso deve ser mediado. Para Wintgens este último tipo de teoria (*sobre a realidade*) deve ser chamada de *teoria analítica* ou *paradigma*.⁶⁶⁹ A expressão paradigma, no caso, parece indicar a representação como um modelo de uma dada realidade.⁶⁷⁰

Ainda segundo Wintgens, teorias sobre a realidade demandam conhecimento objetivo. E conhecimento objetivo refere-se a um arcabouço teórico do qual ele é dependente. Assim, a dependência da teoria de ‘uma outra teoria’ pode ser apreendida como uma tradução epistemológica da imperfeição humana frente à temporalidade da sua condição. A visão da temporalidade corrobora a distinção entre verdade e significado. A Verdade tomada a partir da lógica não é dependente de um contexto. Assim ao afirmar que uma proposição pode ser verdade em determinado contexto não é o suficiente para determinar uma verdade ontológica. E é sobre esse aspecto que as teorias do contrato social se mostram falhas ao declararem ter acesso direito à realidade e a partir desse pressuposto estabelecerem um arcabouço normativo único para a organização do espaço político.⁶⁷¹

⁶⁶⁷ WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p. 13.

⁶⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p.474.

⁶⁶⁹ WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p. 13-14.

⁶⁷⁰ “A concepção de Kuhn para o sentido de paradigma é compreendido como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para a comunidade de praticantes de uma ciência.” “[...] Quanto maiores forem a precisão e o alcance de um paradigma, tanto mais sensível este será como indicador de anomalias e, conseqüentemente de uma ocasião para a mudança de paradigma. [...] As assegurar que o paradigma não será facilmente abandonado, a resistência garante que os cientistas não serão perturbados sem razão.” KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 13; 92.

⁶⁷¹ WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p.13-14.

Verifica-se que o legalismo forte, baseado no representacionismo, induz uma institucionalização da verdade. Ao fazer isso, o desenho institucional democrático é tomado como uma representação da realidade, embora a democracia não seja um fato natural. “A democracia é uma questão de justificação pública que resulta em normas válidas e não uma questão de verdade.”⁶⁷²

Em linhas gerais, o que ocorre para a explicação no campo do conhecimento *mutatis mutandis* se aplica à justificação no domínio da ação. Nessa seara, a verdade passa a ser uma *crença justificada*. Com efeito, a justificação é uma forma de ação.⁶⁷³ Se a verdade pode ser alcançada, ela é mediada por uma teoria analítica e ao fazê-lo impede o acesso direto a realidade. Assim, uma verdade ao qual se atribui ser *conhecimento verdadeiro* tem, ela mesma uma premissa que Wintgens chama de *cognitivismo temporal*.⁶⁷⁴ Infere-se dessa constatação que a variedade de possíveis percepções do conceito de liberdade descarta a opção de qualquer *significado verdadeiro* de liberdade. A opção por uma concepção sobre liberdade deve ser submetida à justificação. E essa justificação aplicada aos princípios legisprudenciais, em síntese, estabelece que: i) no PA o foco é na justificação externa como uma alternativa para a *interação social falha*; ii) Na PN a densidade normativa da justificação externa deve ser justificada; iii) A PT ressalta o caráter histórico geral de qualquer regra e sua justificação.⁶⁷⁵

Essa constatação permite afirmar que o legalismo forte pretende desligar o “botão do tempo”. Já o legalismo fraco que sustenta a legisprudência leva a sério a dimensão temporal da ação humana. A racionalidade da legislação como um aspecto central da

⁶⁷² WINTGENS, Luc J. (ed.). **Legislation in context**: essays in Legisprudence. Abingdon, Oxon, GBR: Ashgate Publishing Group, 2007, p. 4. Para um aprofundamento maior sobre o critério de verdade para o Direito, ver: CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. **O direito em seu laboratório jurisdicional**: os sentidos de verdade e segurança jurídica. Artigo aprovado e apresentado no XXII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo: CONPEDI, Novembro de 2013.

⁶⁷³ Inocêncio Coelho apoiando-se Marina Gascón Abellán explica que em “um enunciado não está justificado porque seja verdadeiro, mas que é verdadeiro porque está justificado, ou, mais exatamente, porque o critério para aceitá-lo como verdadeiro (o critério de verificação) está justificado”. COELHO, Inocêncio Mártires. **Pressupostos hermenêuticos gerais** (distribuição interna à disciplina Hermenêutica Constitucional, ministrada pelo Professor Dr. Inocêncio Mártires Coelho, no curso de Doutorado em Direito no UniCEUB), 2014, p. 20.

⁶⁷⁴ WINTGENS, Luc J. Legisprudence as a New Theory of Legislation. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p.14.

⁶⁷⁵ WINTGENS, Luc J. Legisprudence as a New Theory of Legislation. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p.14-15.

legisprudência compele o legislador a considerar as circunstâncias concretas, as quais são repletas de temporalidade. A justificação das limitações externas é um processo contínuo que deve incluir a consciência de que limitações externas devem andar *pari passu* com circunstâncias mutáveis. Legislação obsoleta ou limitações externas que são erodidas pelo desuso não são mais legítimas e devem ser retiradas, modificadas ou qualificadas sob a perspectiva da PA e da PN.⁶⁷⁶

O quarto e último princípio jurisprudencial refere-se ao princípio da coerência (*The Principle of Coherence* -PC) que é o princípio da justificação das limitações externas da perspectiva do sistema legal como um todo, uma espécie de *interpretação sistemática*. Sobre esse aspecto Inocêncio Coelho recorda que “a regra da interpretação sistemática comprova a presença do círculo hermenêutico no âmbito da experiência jurídica”.⁶⁷⁷ A toda evidência, “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si, formando um sistema normativo”.⁶⁷⁸

Um sistema legal não é uma cadeia estática de limitações externas. Ao contrário é um conjunto complexo e dinâmico de proposições interligadas a respeito do que deve ser feito e como deve ser feito. A complexidade de um sistema legal é devida principalmente ao seu crescimento exponencial. Com isso, o caráter sistemático da ordem legal pode ficar comprometido. Assim, a ideia da coerência de um sistema legal pode ser desenvolvida. Para Macormick o requisito de coerência na argumentação jurídica pode ser tomado no sentido de que as numerosas normas que compõem um sistema jurídico deveriam fazer sentido quando consideradas em conjunto.⁶⁷⁹ Freitas Filho enfatiza que ‘coerência’, é um “conceito

⁶⁷⁶ WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p.14-15.

⁶⁷⁷ “Assim, por força desse cânone hermenêutico, a fixação do sentido de uma norma, isoladamente considerada, exige a sua integração no conjunto de que participa – o ordenamento jurídico –, cujo sentido, por sua vez, depende da conjugação do significado das partes que o constituem.” COELHO, Inocêncio Mártires. Palestra “**A Dimensão Normativa da Interpretação Constitucional**.” Programa “Ponto a Ponto” – TVBB. Brasília, 16 jun. 2008. Notas de Aula. Mimeografado.

⁶⁷⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. Palestra “**A Dimensão Normativa da Interpretação Constitucional**.” Programa “Ponto a Ponto” – TVBB. Brasília, 16 jun. 2008. Notas de Aula. Mimeografado.

⁶⁷⁹ “Conjuntos de normas podem ser de tal natureza que todas elas sejam compatíveis com alguma norma mais geral, podendo, portanto, ser consideradas como manifestações mais específicas ou concretas dessa norma. Se alguém considerar essa norma mais geral uma norma sólida e sensata, ou justa e desejável para a condução das relações essa pessoa poderá com acerto tratar essa norma como ‘princípio’ que tanto explica como justifica todas as normas mais específicas em questão ou qualquer uma delas. Quanto à justificação: se alguma norma *n*

que pode ser aplicado em mais de um sentido”. Assim, “em termos de adequação de sentido da decisão a um sistema normativo, o conceito de coerência pode ser encarado de duas diferentes perspectivas: interna e externa”. A coerência interna, segundo a tradição interpretativista, é prescritiva. Sob a perspectiva externa, a “coerência é vista como um recurso discursivo de legitimação decisória.”⁶⁸⁰

Para Wintgens, se coerência significa “fazer sentido com um todo”, consistência pode ser considerada uma forma específica e forte de “fazer sentido”. Em outras palavras, se consistência é uma questão de tudo ou nada, a coerência é uma questão de graus. A partir dessa perspectiva, a consistência lida com o discurso ou um conjunto de proposições. Se essas proposições coexistem de uma forma consistente tem-se um todo lógico, isto é, um conjunto de proposições livres de contradições. Considera-se, in casu, que o conjunto de proposições faz sentido como um todo. Quando se trata de consistência como uma concepção de coerência, há outras maneiras de se fixar sentido. Isso acontece quando o *todo* é alargado para incluir o contexto da participação. A lei não é um conjunto de proposições que se “voltam para elas mesmas”, ao contrário, as proposições estão em contato com a interação social regulada pela lei. Quando o todo é alargado dessa forma, a relação entre consistência e coerência se torna mais clara.⁶⁸¹

A partir dessa constatação, Wintgens distingue quatro níveis de coerência, a saber:

i) Nível de coerência 0: Esse nível diz respeito à esfera elementar do discurso, isto é, uma decisão judicial ou legislativa. Se existe uma contradição nesse nível elementar do discurso, os elementos subsequentes serão afetados por ela.

for valorizada em si ou como um meio para um fim almejado, demonstrar que uma norma específica pode ser subordinada a ela corresponde a demonstrar que se trata de uma boa norma a seguir. Quanto à explicação: quando estamos em dúvida acerca do correto significado da norma num determinado contexto, uma consulta ao princípio pode nos ajudar a explicar como ela deve ser entendida.” MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 197.

⁶⁸⁰ “[...] segundo a tradição interpretativista, aí entendidos autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin e Neil MacCormick, por exemplo, a coerência tem papel central.” FREITAS FILHO, Roberto. **Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007, p. 44.

⁶⁸¹ WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p. 16.

ii) Nível de coerência 1: O requisito de coerência muda quando a dimensão temporal é adicionada. Ocorre, por exemplo, quando duas decisões judiciais em um caso similar são comparadas. Se um juiz condena um ladrão a uma fiança de cem euros, a justiça formal requer a mesma fiança nos casos seguintes e similares. Esse tipo de raciocínio *mutatis mutandis* é similar ao raciocínio do legislador. Contudo, a liberdade do legislador é muito maior que a dos juízes, uma vez que aqueles criam as regras. Ademais, considerando o princípio do livre convencimento motivado do juiz, importa para o sistema que este demonstre e justifique a *ratio decidendi*. Já os legisladores, ao seu turno, podem ser chamados a justificar tanto o *status quo* quanto qualquer precedente de uma situação existente em PA, PN e PC.

iii) Nível de coerência 2: Um juiz que se afasta do precedente viola os requisitos da justiça formal. Contudo, tal violação pode ser superada pela justificação considerando o sistema legal como um todo.⁶⁸² A interpretação sistemática é um caso exemplar de argumentação no nível de coerência 2 da perspectiva do juiz. No que concerne a perspectiva do legislador, quando se afasta dos requisitos de coerência 1, a atividade legislativa é também submetida às restrições do nível de coerência 2. Quanto aos argumentos de coerência 2, o juiz pode basear-se no caráter sistemático da ordem jurídica. A perspectiva correspondente do legislador o leva a necessidade de constituir o sistema legal como um todo coerente. Nesse sentido, quando os juízes argumentam no nível de coerência 2, por exemplo, através de uma interpretação sistemática, eles assumem a unidade do sistema legal. A argumentação de coerência 2 da perspectiva do legislador requer que o este constitua essa unidade. Em síntese, quando legislador não segue o nível de coerência 2, este

⁶⁸² Wintgens apresenta um caso ilustrativo: “The potential of the level of coherence2 can be illustrated with an example from judicial decision-making in Belgium. According to a rule from 1963, a spouse staying home and taking care of her children qualified for the so-called “premium for the spouse at the fireside.” In 1979 a husband claimed the premium. Over against the plain meaning of the text of the law, the judge decided for plaintiff. His argument involved a reference to other rules of the system that proclaimed the principled equality of husband and wife. The Matrimonial Act of 1976, the European Convention on Human Rights (1950, ratified by Belgium in 1955), the Universal Declaration of Human Rights (1948) as well as legal doctrine supported this view. The decision was inconsistent with the preceding line of jurisdiction. Despite the violation of the requirements of coherence1, this decision was held to make more sense as a whole. Hence, it was more coherent than earlier decisions. The decision relied on a systematic interpretation of the 1963 rule. A systematic interpretation comes to reading this rule in the light of other rules of the system.” WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p. 19.

pode causar desordem no sistema, acarretando consequências para a ordem jurídica e para o juiz na interpretação desta.

Com efeito, em contraste com o *legalismo forte*, não há uma presunção irrefutável da racionalidade do legislador. Este deve justificar as limitações externas impostas por ele de forma a permitir que o juiz construa argumentos de coerência 2. A assunção de racionalidade do legislador pertence tipicamente às premissas do legalismo forte, uma vez que, sob essas premissas, as limitações externas são consideradas representação da realidade. No legalismo fraco, a construção de regras é somente uma construção, e não uma reconstrução da realidade. Assim, no legalismo fraco a racionalidade do legislador é uma questão de justificação, e não de presunção.⁶⁸³

iv) Nível de coerência 3: No legalismo forte, os juízes aplicam as regras que os legisladores criam. A aplicação da regra é uma questão teórica, como é a matemática. A criação da regra por sua vez é considerada um problema político que não é levado em conta na teoria legal. Contudo, no legalismo fraco, tanto os juízes quanto os legisladores criam e seguem regras. Os juízes seguem regras na aplicação das regras. Ao mesmo tempo, eles criam regras individuais, em juiz de equidade. Os legisladores seguem regras ao mesmo tempo em que criam regras gerais, ou limitações externas. As diferenças entre essas posições podem ser consideráveis, embora não estejam em oposição.⁶⁸⁴ A articulação de coerência como “fazer sentido como um todo” necessita de outra perspectiva. Só se pode ver algo como um todo, a partir de uma perspectiva externa. Referida perspectiva é denominada por Wintgens como *racionalidade externa*. Essa racionalidade pode ser compreendida como um contexto que envolve várias questões, como por exemplo, questões de ordem sociológica, econômica, entre outras, assim o significado da regra é mediado por um contexto.⁶⁸⁵ As regras não falam por elas mesmas. O legalismo forte é baseado no acesso direto à realidade, já o legalismo fraco, ao seu turno, é fundamentado no acesso indireto a ela. Esse acesso indireto significa que uma teoria não é a realidade, mas é sobre ela.

⁶⁸³ WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p. 20.

⁶⁸⁴ WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p. 21.

⁶⁸⁵ SANTOS, Letícia Camilo. **Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência**: o diálogo das fontes do direito. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: UFMG 2011, p. 102.

Portanto, o acesso a essa realidade é mediado por um arcabouço teórico (racionalidade externa). Para que o sistema legal tenha sentido como um todo, os operadores do direito devem ter em vista o que torna esse sistema um todo e, isso é, o arcabouço teórico do qual o sistema legal depende.

Com efeito, ao passo que os níveis de coerência 1 e coerência 2 referem-se à racionalidade interna, sua operacionalização é condicionada pela racionalidade externa.⁶⁸⁶

Wintgens ainda alerta para o fato de que há distinção entre deliberação e justificação. A deliberação como um processo de legitimação é considerada política por natureza. Por outro lado, a justificação consiste de um processo de suporte argumentativo para os tomadores de decisões. Da perspectiva da legitimação, a deliberação tem haver com a elaboração das regras legais. Já no processo de justificação, as regras que advém do processo deliberativo devem ser conectadas ao ambiente social nas quais elas irão operar.⁶⁸⁷

A partir dessa perspectiva, os princípios legisprudenciais têm por escopo constituir bases racionais de justificação. Contudo, fixado o sentido de legisprudência, ainda resta uma questão: o que se entende por razão e racionalidade?⁶⁸⁸ Para Barros a razão (com suas pretensões de absoluto e totalidade) é dogmática. A racionalidade por sua vez é crítica, a fim de não *entificar* conceitos *crentes de razão*.⁶⁸⁹ Para Perelman, enquanto que as noções de

⁶⁸⁶ WINTGENS, Luc J. Legisprudence as a New Theory of Legislation. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p.21.

⁶⁸⁷ WINTGENS, Luc J. (ed.). **Legislation in context**: essays in Legisprudence. Abingdon, Oxon, GBR: Ashgate Publishing Group, 2007, p. 3.

⁶⁸⁸ Thiry-Cherques recorda que “[...] Aristóteles, que foi o artífice da lógica e do raciocínio preciso, sabia que a condução da vida se dá em outra esfera. Que o racional e o razoável não são a mesma coisa. Que o racional é o que pode ser entendido, enquanto o razoável é o que é dotado de razões. As fontes do razoável não são a lógica e a impassibilidade. “São a experiência, a opinião, as crenças, a inspiração. Não podemos falar de cálculo razoável como não podemos falar de sentimento racional.” THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. **O racional e o razoável**: Aristóteles e o trabalho hoje. Cad. EBAPE.BR v.1 nº 1 Rio de Janeiro Aug. 2003. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1679-39512003000100005>>. Acesso em 23 abr. 2012.

⁶⁸⁹ “Acreditamos que o melhor de nosso século, marcado também, de resto, por tentativas desesperadas – e de antemão evidentemente condenadas, na sua pretensão de alcançar o absoluto ou a totalidade [...] – é o reencontro da dúvida, da crítica, da incerteza, ligadas à procura incessante da verdade. Figuras tão diferentes quanto Jaspers, Ortega, Cassirer, Max Weber, Karl Popper e diversos outros, [...] mostram que, em lugar da hybris da razão, encontramos-nos de novo com a modéstia fecunda da racionalidade”. BARROS, Roque Spencer Maciel de. **Razão e racionalidade**: ensaio de filosofia. São Paulo: T.A. Queiroz, 1993, p. XI. Ainda, no que concerne às condições de razoabilidade do discurso cumpre reporta-se à Habermas, com destaque para: HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**: reason and the rationalization of society. Boston: Beacon press, 1984.

razão e de *racionalidade* se reportam a critérios da tradição filosófica como as ideias de verdade; o *razoável* e o *desarrazoado* são ligados a uma margem de apreciação admissível ou além dos limites socialmente aceitáveis.⁶⁹⁰ No campo do direito uma decisão *racional* decorre de um julgamento *razoável*.⁶⁹¹ Nesse sentido, uma decisão *razoável* deve ser tomada a partir da fundamentação tomada no contexto da ordem jurídica (legitimidade interna), mas também a partir de critérios participativos em consulta à própria sociedade (legitimidade externa).⁶⁹² Com efeito, o *exercício do racionalismo* e prática da razoabilidade “põe fronteiras à razão e lhe mostra que há um vasto domínio do mundo que é marcado pela irracionalidade”. Assim, “em lugar de proclamar em abstrato, a soberania na razão, trata de tornar esse universo irracional, o mais racional possível pelo trabalho constante e ininterrupto do entendimento”.⁶⁹³

A razoabilidade aplicável ao processo de tomada de decisões, a partir do enfoque prudencial é um elemento emoldurante tanto para a tarefa do legislador quanto para a ação do magistrado. Em especial, a racionalidade da norma jurídica recobra que o autor da lei seja *prudente* e que a lei seja tecnicamente adequada quando se refere a um fazer ou não fazer. A história comprova que, assim como a *ciência do direito* já foi chamada de *prudência do direito* ou *iuris prudentia*, a arte de legislar foi incluída na *prudência política*. Assim, a norma jurídica da perspectiva da racionalidade prudente deve ser adequada à realidade, uma vez

⁶⁹⁰ PERELMAN, Chaím. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.436.

⁶⁹¹ Alexy, mormente no que concerne a argumentação do magistrado, entende que “a tarefa de aplicação do Direito pode exigir, em especial, evidenciar e realizar valorações em decisões mediante um ato de conhecimento valorativo em que não faltam elementos volitivos. Tais valorações são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas não chegaram a ser expressas nos textos das leis ou o foram apenas parcialmente. O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em *argumentação racional*. Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios da razão prática e as concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade”. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2005, p.53-54.

⁶⁹² Essa constatação, aplicável à interpretação constitucional nos remete também à teoria de Peter Harbele que se inspirou na sociedade aberta de Popper. Cf. HARBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

⁶⁹³ BARROS, Roque Spencer Maciel de. **Razão e racionalidade: ensaio de filosofia**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1993, p. 15.

que representa uma ordenação, trata-se de uma regra ou *ordinatio* e não uma desordem.⁶⁹⁴

Nas palavras de Antão de Moraes que ainda ressoam na contemporaneidade:

“A lei mal feita desgarra a jurisprudência, tanto quanto a concentra a lei de boa técnica. Aos professores e advogados é que pertence estudar, no laboratório de suas perquirições jurídicas, a matéria que a jurisprudência lhes fornece, projetando nela a luz de sua ciência e o clarão de sua crítica. O jurista moderno não pode mais confinar-se na doutrina e no comentário. Ao lado desse direito estatístico ele tem, forçosamente, que estudar o direito em ação, que é a jurisprudência. Jurista que não lê jurisprudência é como médico que cura pelos livros sem frequentar hospital. Ninguém, como Capitant, nessa formosa obra sobre os "Grandes arestas da jurisprudência civil", mostrou a precisão absoluta que tem o jurista de estudar a jurisprudência para aprimorar a sua educação e, sobretudo, colaborar na expansão e vida do pensamento jurídico. Ao estudo e crítica dos julgados recomenda Capitant, como indispensável auxiliar da educação jurídica, outra coisa que bem pouco se pratica: a leitura e meditação dos textos da lei. Desejava ele que o Código Civil fosse o breviário de seus alunos. Só com esse estudo conjugado, da lei e da jurisprudência, poderão os juristas prestar aos Juízes o socorro de que tanto carecem. Quantas vezes descobrir um simples artigo de lei é tarefa que consome dias de aturadas pesquisas. Em certa época da Revolução Francesa, a tal numero atingiram as leis, que um escritor contemporâneo pôde dizer que "*celui-là mérite! e nom de savant qui sait seulement se retrouver au milieu d'elles et en trouver une lorsqu'il en a besoin*". Em determinado ramo da legislação, a que diz com os interesses do fisco, constitui às vezes tão grande martírio a investigação, que se chega a lembrar a anedota do tirano de Siracusa, que mandou afixar as tábuas da lei em altura inacessíveis à vista humana.”⁶⁹⁵

Verifica-se a qualidade de uma boa lei, conforme os ditames da jurisprudência não provém de uma *razão especulativa*, mas sim da *racionalidade prática, prudencial*. A retidão da ação é medida por sua adequação ao fim para o qual tende a ação. Assim a natureza da norma *é normar*, organizar os problemas sociais. “Agir contra a natureza das coisas, além de ser inútil na maioria das vezes, sempre é irracional por ser aberrante, contraditório e arbitrário.”⁶⁹⁶

Contudo, como agir diante dos excessos legislativos? Qual o papel da Jurisdição Constitucional para a qualidade da lei?

⁶⁹⁴ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 247.

⁶⁹⁵ MORAES, Antão de. **A má redação de nossas leis - juristas e jurisprudência - renovação e crise do direito, força da tradição e preservação do direito**. Revista dos Tribunais, RT 163, fascículo 556, setembro de 1946, p. 412-420. (Republicado pela RT, Ano 88 v. 762 ab1: 1999 p. 777-778).

⁶⁹⁶ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 247.

CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

Em um Estado Democrático de Direito a preponderância da vontade da maioria como critério de decisão, assegurada a proteção do direito de participação da minoria e a transparência, são pilares de sustentação e permanência do regime.

Os critérios de avaliação da lei proporcionada pela legística, sobretudo, *ex ante*, e os princípios legisprudenciais constituem-se em formas de antecipar uma experiência do caso concreto no processo de formação da lei. Inspirando em Larenz, a transformação da abstração legal em algo concreto pode ser melhor realizada quando o texto do projeto de lei responde a quem o interroga corretamente, isto é, qual foi o real fator ensejador do impulso normativo?⁶⁹⁷ Trabalhar a qualidade da norma, não confere ao legislador uma função profética, mesmo porque o texto normativo se enriquece e se aperfeiçoa através das decisões judiciais, como uma espécie de *elastério da norma* decorrente de um *romance em cadeia*, mas, a toda evidência, os magistrados seriam mais justos, se as leis também fossem.⁶⁹⁸

⁶⁹⁷ “A toda norma jurídica pertence, como pano de fundo indispensável para a sua compreensão, a realidade social em resposta à qual foi concebida, a realidade jurídica quando do seu surgimento, a realidade social atual face à qual deve operar”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 377 e 223.

⁶⁹⁸ A considerar as várias concepções de justiça e a recordar as palavras de Radbruch: se ninguém pode dizer o que é justo (em absoluto) é preciso que alguém defina, pelo menos o que é jurídico. Quem decide afinal pouco importa porque é uma questão de escolha nos diferentes ordenamentos jurídicos. Assim, o importante é que alguém decida por último e que essa decisão seja acatada por todos. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1961, vol I, p. 210.

SEGUNDA PARTE: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AVALIAÇÃO LEGISLATIVA: A PRÁTICA JURISPRUDENCIAL.

“[...] Voltamos à Democracia e à República. Democracia é liberdade. República é igualdade. Democracia é paixão. República é razão. Nas Democracias, normalmente, as decisões tendem a ser emocionais. Mas a República exige decisões pautadas nas leis e nos procedimentos. Nas Democracias, o voto do povo-eleitor tende a ser irracional, porque não precisa de motivação ou justificação racional baseado na realidade objetiva dos fatos. Mas o freio da República exige que as decisões sejam racionais e pautadas em provas e justificadas com base nos fatos e na verdade. [...] Um julgamento de um tribunal não pode ser feito com base nas emoções, mas com base na razão convincente e nas provas verdadeiras. Eis porque a República há de ser o freio da Democracia. O papel das leis e das instituições republicanas é jogar razão e verdade sobre as paixões irracionais das decisões democráticas.”⁶⁹⁹

Partindo-se da premissa de que a República na contemporaneidade representa um modelo dinâmico a atuar com um *freio* à vontade da maioria desvirtuante dos valores constitucionais. Importa, ainda, destaca-se a função do Supremo Tribunal Federal na tarefa poligenética de avaliar a qualidade, *in casu*, a constitucionalidade de um projeto de lei. Com efeito, o objetivo do presente capítulo é refletir sobre a função conformadora e de amparo da justiça constitucional.

3.1 Jurisdição constitucional e a “dignidade da legislação”

“[...] É verdade que, quando leis ou precedente específicos se mostram imprecisos, ou quando o direito explícito silencia a respeito, os juízes não deixam de lado seus livros de direito e simplesmente começam a legislar, sem nenhuma orientação ulterior dada pelo direito. Ao decidirem tais casos, citam frequentemente algum princípio geral, ou algum objetivo ou propósito abrangente, que se possa considerar

⁶⁹⁹ ALVES JR, Luís Carlos Martins. **Constituição, Política & Retórica**. Brasília: Uniceub, 2014, p. 141.

exemplificado ou suprimido por uma área conexas do direito existente e que remeta a uma resposta definitiva para o problema em questão”.⁷⁰⁰

Um ponto importante para a reflexão no contexto do Estado Democrático de Direito é qual o papel da jurisdição constitucional na construção de uma *imagem* da legislação perante a sociedade e aos demais poderes. Inocêncio compreende que “guardar a Constituição não é protegê-la contra a ação do tempo, o que a faria definhando e morrer, mas fazê-la reagir e funcionar diante das provocações sociais.” Com efeito, é importante “testar ao limite a sua força normativa, para ver se os seus comandos ordenam, efetivamente, o processo político ou não passam de simulacros de constituição.”⁷⁰¹

A partir dessa premissa, o presente tópico visa compreender a atuação da jurisdição como um marco para a qualidade legislativa. A jurisdição constitucional como um *processo de racionalização* do poder, refere-se aos limites da competência do órgão responsável por controlar a constitucionalidade das normas criadas pelo Estado.⁷⁰² Baracho recorda que a jurisdição constitucional em seu significado mais preciso “surge com a Constituição austríaca de 1920, sendo Hans Kelsen considerado o inspirador do sistema e fundador de uma disciplina: O Direito processual constitucional”.⁷⁰³ Com efeito, instituir um modelo de controle concentrado de constitucionalidade significava estabelecer instâncias especiais e exclusivas para julgar matéria constitucional. Assim para justificar a criação de uma *Corte Constitucional*, como órgão competente para anular atos institucionais, é preciso compreendê-la como um elemento que tenha por fim garantir o exercício regular das funções estatais. “A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder.”⁷⁰⁴ Em termos de competência, Kelsen esclarece os limites reservados à Corte Constitucional e à Corte Administrativa. Nesse sentido, em linhas gerais, a violação ao direito cometida por mera aplicação incorreta da lei remete à competência da Corte

⁷⁰⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. Pós-escrito. In: **O conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 354.

⁷⁰¹ COELHO, Inocêncio Mártires. “**Pressupostos hermenêuticos gerais**”. Disciplina Hermenêutica Constitucional ministrada no curso de Doutorado em Direito no UniCEUB. 2014. Notas de aula. Mimeografado, p. 42.

⁷⁰² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 98.

⁷⁰³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 103.

⁷⁰⁴ CUNHA, Sérgio Sérulo da Cunha. Introdução à edição brasileira de: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XIII.

Administrativa, ao passo que, a violação a direitos constitucionalmente garantidos compete à Corte Constitucional.⁷⁰⁵ Diante desse cenário, se a liberdade do legislador está subordinada apenas à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas, uma vez que seu poder de criação permanece relativamente extenso.⁷⁰⁶ Contudo, a cada grau que desce na ordem normativa, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor desta última e, portanto, a livre criação diminui. Nos Estados modernos há uma quantidade significativa de instituições destinadas a garantir a legalidade da execução das leis, o que não se pode dizer das medidas restritivas para assegurar a constitucionalidade destas. Verifica-se que a garantia da constitucionalidade das leis reside na noção de constituição que “conserva em seu núcleo permanente a ideia de um princípio supremo que determina a ordem estatal”.⁷⁰⁷ Sobre esse aspecto, a centralização do poder de examinar a constitucionalidade de uma lei deve ser confiada a uma instância suprema, a fim de se consolidar uma unidade do sistema e para que a lei seja anulada em tese e não apenas para o caso concreto. Trata-se da essência do controle abstrato de constitucionalidade a cargo de um Tribunal Constitucional. A criação desse órgão independente garante eficácia da constitucionalidade ao incidir sobre a validade da lei. Ademais, seria *ingenuidade política* pressupor que o próprio Parlamento seja obrigado a anular uma lei votada por ele próprio e declarada inconstitucional por terceiros.⁷⁰⁸ Para Kelsen a essência da jurisdição constitucional é estabelecer *limites constitucionais* ao exercício do poder. A garantia da constituição significa a segurança de que os limites legitimamente fixados não sejam ultrapassados. *In casu*, não cabe ao Parlamento ou ao Governo serem juízes em suas causas próprias.⁷⁰⁹ Contudo, “quem controla os controladores?”

⁷⁰⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 126.

⁷⁰⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 126-127.

⁷⁰⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 130.

⁷⁰⁸ Essa temática foi objeto de discussões no campo das *mutações constitucionais*, sobretudo quanto à aplicação do inc. X do art. 52 da CF/88, que dispõe sobre a resolução do Senado Federal para conferir eficácia erga omnes às decisões do STF em sede de controle difuso. Art. 52, inc.X: Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Constituição Federal. Cf. CHEVITARESE, Alessia Barroso lima Brito Campos Chevitarese. **A participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, (monografia), Março de 2004.

⁷⁰⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 240. Sobre esse aspecto Kelsen aduz ser Schmitt vítima de um equívoco, sobretudo ao confiar no Chefe do Reich a guarda da Constituição (p.280).

A jurisdição constitucional, em especial no que concerne a criação judiciária está imersa em um debate aventado em torno o tema: *juízes legisladores*? “O encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz” pode conter sinais de tensão. Todavia, a criatividade é um fator inevitável da função jurisdicional. E, especificamente no que concerne ao controle judicial de constitucionalidade das leis é possível afirmar que este também possui uma *coloração política*, mais ou menos evidente, mais ou menos acentuada. Afinal, não há como ser completamente científico, desinteressado ou neutro.⁷¹⁰ Diante dessa constatação é preciso inquirir se a criatividade judiciária, em sua mais acentuada medida, como instrumento de controle de constitucionalidade, torna o juiz um criador do direito (*Law-maker*) a invadir o domínio do poder legislativo. “Efetivamente, os juízes são chamados a interpretar, e por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar e, não raro crias *ex novo* direito”. Mas isso não significa que sejam legisladores.⁷¹¹ Em verdade, o processo judicial se distância do processo legislativo, sobretudo, por sua virtude passivas (*nemo iudex sine actore*) ou limites processuais. Uma limitação forte à atitude criativa da jurisdição constitucional é observância das regras do procedimento. Nesse sentido, é possível compreender porque “a maior parte dos preceitos da Carta dos Direitos dos Estados (*United States Bill of Rights*, também conhecida como dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos), consistam em normas de procedimento e, de fato, a diferença entre legalidade (*rule of law*) e abítrio (*rule by fiat*) em grande parte constitui uma questão de procedimento.”⁷¹²

Sob a perspectiva do discurso jurídico, Habermas argumenta que o controle da norma pela jurisdição constitucional não pretende indicar uma superioridade de argumentação deste em relação ao discurso político. Tratam-se de discursos especializados que podem ser compreendidos a partir da perspectiva liberal, republicana a procedimental. Para a perspectiva liberal, o processo democrático desempenha a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade. “A política nesse contexto tem a função de enfeixar e

⁷¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1999, p. 26 e 114.

⁷¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 74-75.

⁷¹² Decisões da U.S. Sumpreme Court no caso *Wisconsin v. Constantineau* (1971). In CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 79.

impor interesses sociais contra o aparelho do Estado que se especializa no uso administrativo do poder político para fins coletivos”.⁷¹³ Já na interpretação republicana, a política não se esgota na função mediadora. Insere um aspecto de eticidade à arquitetura liberal. Assim, ao lado do Estado, há também os interesses do próprio indivíduo orientados solidariamente para a prática do *bem comum*. Assim, no entendimento republicano, a questão da legitimidade da jurisprudência constitucional prescinde de meios disponíveis para que se realize a *deliberação*. Exatamente nesse ponto destaca-se a função da democracia discursiva. Com efeito, a teoria discursiva da democracia, “reveste o processo democrático de conotações normativas mais fortes que o modelo liberal e mais fracas que as encontradas no modelo republicano.”⁷¹⁴ Contudo, a compreensão republicana da política deixa uma questão latente: “até que ponto o tribunal constitucional pode intervir ofensivamente nas resoluções legislativas?” Verifica-se que “perante o legislador, o tribunal não pode arrogar-se o papel de crítico da ideologia; ela está exposta à mesma suspeita de ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político.”⁷¹⁵ No entendimento de Habermas, a jurisdição constitucional não é uma instituição aforma, asséptica, tampouco salvífica. Assim:

“A discussão sobre o tribunal constitucional, sobre seu ativismo ou autocontenção, não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende que a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada [...], o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de tutor. A idealização desse papel, levada a cabo por juristas ufanos, só faz sentido

⁷¹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 330.

⁷¹⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 256.

⁷¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 343.

quando se procura um fiel depositário para um processo político idealisticamente acentuado.”⁷¹⁶

No contexto da complexidade institucional, a autocontenção ou o protagonismo da jurisdição constitucional no exercício de função *criativa* e *criadora* do direito deve ser compreendida na atualidade, sobretudo, a partir de um fenômeno evidente, qual seja, a expansão da atividade legislativa. Assim diante do alargamento dos direitos sociais e o crescente volume da legislação é possível verificar a ocorrência de dois fenômenos típicos dos Parlamentos ocidentais: i) o sobrecarregamento (*overload*) das funções do Estado; ii) a frequente imprecisão e ambiguidade dos atos legislativos, “que devem consistir seguidamente de compromisso entre várias forças e valores”. Para Cappelletti, “a legislação continuamente é redigida em termos vagos, muitas vezes deixando delicadas escolhas políticas à fase de sua interpretação e aplicação.”⁷¹⁷

Assim diante desse cenário questiona-se: qual o papel da jurisdição constitucional para a qualidade da lei? O pensamento de Waldron representa o contexto crítico próprio para se instaurar a problematização. Contudo, há que se fazer uma ressalva, em que pese não ser escrito para o nosso peculiar *Civil Law*, os problemas apontados são comuns às democracias contemporâneas.⁷¹⁸ De fato, verifica-se que o debate jurídico hoje se resume ao ativismo judicial e suas vertentes, como a judicialização da política, convertendo-se em segundo plano, a análise sobre as leis propriamente ditas e ao processo legislativo. Contudo, é preciso uma leitura mais aprofundada sobre a *nomogêneses da lei* e, nesse sentido, a *dignidade da legislação* suscita o debate pertinente a *imagem* da atividade legislativa e seu produto final. A ideia de Waldron é que “Pintamos a legislação com cores soturnas para dar credibilidade a ideia de revisão judicial, sob autoridade de uma carta de direitos”.⁷¹⁹

⁷¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.347.

⁷¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 22.

⁷¹⁸ “Um juiz, quando legisla no direito consuetudinário tem, pelo menos, ‘a gentileza de fingir que está descobrindo o que a lei era o tempo todo: ele não se apresenta explicitamente como um legislador’. A legislatura, por contraste, tem a imprudência de dizer: “Esqueçam o que a lei foi o tempo todo, é assim que ela vai ser agora”. WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.13-14.

⁷¹⁹ “A legislação não é apenas deliberada, administrativa ou política: é, acima de tudo, no mundo moderno, o produto de uma Assembleia – os muitos, a multidão, o populacho (os seus representantes). Os juízes erguem-se acima de nós no seu solitário esplendor, com seus livros, seu saber e seu isolamento das condições da vida comum. Um parlamento, em contraste, é um corpo rebelde, muitas vezes maior que esse número – talvez até

Waldron acredita que a legislação e as legislaturas “não possuem boa fama” na filosofia jurídica e política. Isso porque sequer desenvolve-se uma teoria normativa da legislação que pudesse servir como base para criticar ou corrigir tais extravagâncias. Ademais, não há um modelo jurisprudencial capaz de compreender normativamente a legislação como a forma genuína de direito, a autoridade que ela reivindica e as exigências que faz aos outros atores em um sistema jurídico. Não há nada sobre legislaturas ou legislação na moderna jurisprudência filosófica que seja remotamente comparável à discussão da decisão judicial.⁷²⁰ Nesse sentido, a jurisprudência estaria repleta de imagens que apresentem a atividade legislativa comum “como negociata, troca de favores, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros – na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política com princípios”. Construimos, então, um retrato idealizado do julgar e o *emolduramos* junto com o retrato de má fama do legislar.⁷²¹ A má reputação da legislação no imaginário das pessoas está na imagina de que “há algo indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios.” E assim, cria-se o mito salvífico de que os tribunais, com “suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter”.⁷²² Em verdade, o problema da legislação é que:

“Ela é por demais humana, por demais associada a decisões explícitas, datáveis, feitas por homens e mulheres identificáveis, no sentido de que estamos sujeitos a estas regras, não àquelas. Se não gostamos de uma doutrina emergente do direito consuetudinário, podemos culpar a herança.

centenas de vezes maior. Fazendo eco a Blackstone, exige-se um longo percurso de treinamento para que alguém se torne juiz, mas todo membro do populacho enviado pelos eleitores a Westminster pensa em si como um legislador nato. E há tantos deles que não conseguimos nos ouvir pensar. Como isso pode ser uma maneira dignificada de fazer ou modificar o direito? Essa preocupação me fascina – o claro consenso, no cânone do pensamento jurídico e político, de que tamanho de um corpo legislativo é antes um obstáculo do que uma vantagem para a legislação racional. Parte do consenso é explicado por um sentido que se origina do preconceito antigo, mas que também surge no Iluminismo, de que quanto mais a assembléia legislativa, mais baixo o nível médio de sabedoria e conhecimento dos legisladores”. WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 37.

⁷²⁰ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1, 29-30.

⁷²¹ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 2-4.

⁷²² WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

Mas, se não gostamos de um estatuto, tendemos a vê-lo como um exemplar da legislação conservadora, como uma medida socialista.”⁷²³

Diante desse cenário, e a considerar a atuação da Jurisdição Constitucional também como um exercício humano, com toda a complexidade que o termo exige, pode-se afirmar que dentro dos limites prudenciais, cabe a esta o papel de atualização e correção funcional da atividade legislativa. Sobre esse aspecto ao papel de legislador negativo soma-se ao sistema de freios e contrapesos necessários para o aprimoramento da qualidade da Lei. A experiência exógena, *mutatis mutandis*, pode contribuir para a reflexão. Com efeito, a nomogêneses da lei é uma tarefa poligenética, sobretudo no que concerne a guarda e obediência à Constituição. Para Mendes, a prática constitucional desenvolvida no âmbito do controle judicial de constitucionalidade passa a ser referência obrigatória para a tarefa de elaboração legislativa. Assim, tendo em vista a necessidade de sistematização de um controle de legitimidade rigoroso das proposições legislativas, alguns ordenamentos jurídicos adotam um sistema de *prova de constitucionalidade das leis* com o objetivo de permitir um exame criterioso das questões mais comuns em sede de controle de constitucionalidade. Em verdade, trata-se de critérios objetivos e uniformes para o legislador e para o magistrado.⁷²⁴

A *práxis* da Corte Constitucional Alemã conta ainda com o *apelo ao legislador*. Assim, “Não raro reconhece a Corte que a lei ou a situação jurídica não se tornou ‘ainda’ inconstitucional, conclamando o legislador a que proceda, às vezes dentro de determinado prazo, à correção ou à adequação dessa ‘situação ainda constitucional’”.⁷²⁵ Com efeito, o *apelo ao legislador* pode ser identificado a partir de categorias, a saber: i) em virtude de mudança das relações fáticas ou jurídicas; ii) em virtude de inadimplemento do dever constitucional de legislar; iii) por falta de *evidência* da ofensa constitucional. Em termos processuais, o Tribunal julga improcedente o pedido formulado na arguição de

⁷²³ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29.

⁷²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade**: Algumas Notas. Revista Jurídica Virtual da Presidência da República. Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999.

⁷²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 237.

inconstitucionalidade, uma vez que a norma questionada é ainda constitucional, todavia o Tribunal Constitucional Federal exorta o legislador para que esse promova as alterações legislativas necessárias para se evitar que aquele vício se consume. Em linhas gerais, o apelo ao legislador assume na Alemanha um “caráter de advertência que a Corte Constitucional faz ao Parlamento, deixando claro que estará atenta à evolução dos fatos que conduzirão à modificação da situação de constitucionalidade para inconstitucionalidade.”⁷²⁶ *In casu*, a Corte não legisla, mas o *apelo* tem por finalidade cientificar o Parlamento. Trata-se, em verdade, de uma *função de advertência* em sede de *obter dictum*. Cumpre ressaltar, que o *apelo* para que se corrija uma situação ainda constitucional, antes que se consolide o estado de inconstitucionalidade, não obriga, juridicamente o órgão legislativo a necessariamente empreender qualquer providência.⁷²⁷

Mendes ressalta que o *apelo ao legislador* “não colhe aplausos unânimes na doutrina.” A uma porque o Tribunal Constitucional não teria como prever o momento exato de conversão do estado de constitucionalidade para o de inconstitucionalidade da norma objeto de questionamento. Ademais, essa técnica recai sobre a problemática da atuação do Tribunal Constitucional para efeito de compensação do *déficit* do processo de decisão parlamentar.⁷²⁸ Contudo, a atuação do Tribunal é tomada em situações específicas e, na atualidade, pode-se contar ainda com os prognósticos proveniente das técnicas de legística.

Ainda, no contexto, da experiência alemã, Kristan recorda que o *processo contínuo de justificação* ou *a avaliação em intervalos regulares* são importantes, uma vez que as normas podem perder sua *validade legisprudencial* por variações das circunstâncias de fato.⁷²⁹ Assim, é importante que o legislador refaça a trajetória de justificação das razões

⁷²⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 182.

⁷²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 249.

⁷²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 246-248.

⁷²⁹ “[...] Em face da complexidade das circunstâncias, pode ser concedido ao legislador um prazo adequado para poder avaliar as experiências; as insuficiências ligadas à generalização e a criação de tipologias. Somente são submetidas à apreciação constitucional, o caso do legislador deixar de fazer uma avaliação posterior suficiente ao adequado alcance dos fins almejados” (TCF 37, 104, 118, Bonus Malus Regellung, de 03.04.1974). KRISTAN, Andrej. ¿Cómo justificar una (no) intervención legislativa? Los elementos clave para un discurso

que condicionaram a criação da intervenção normativa.⁷³⁰ Essa atitude de *vigilância* pode ser tomada da perspectiva do diálogo institucional, promovido pelo modelo de freios e contrapesos entre as funções do Estado, a exemplo do que ocorre na Alemanha. Conforme desenvolvido no capítulo anterior, a Lei Fundamental Alemã, “não possui expressamente em seu texto normativo a previsão sobre a avaliação legislativa.” O artigo 20, §3º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha dispõe que: “O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.”⁷³¹ Em interpretação desse dispositivo, o Tribunal Constitucional Federal (TCF; *BVerfG*) entende que a sujeição do legislador à ordem constitucional não se esgota “na obrigação de respeitar os limites constitucionais no momento da adoção da lei; compreende também a responsabilidade de assegurar que as leis editadas permaneçam conforme à constituição”.⁷³²

Nesse sentido, o parlamento trabalha com sistemas de avaliações *ex ante*, concomitante e *ex post*. E, além da avaliação interna ao órgão parlamentar há que se enfatizar a importância jurisprudencial para a avaliação legislativa. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal alemão desenvolveu uma jurisprudência pertinente ao controle de constitucionalidade das leis ao impor ao legislador uma *obrigação de vigilância* e de *correção legislativas* quando subsistir incertezas relativas aos efeitos da lei sobre os direitos fundamentais. Como consequência cabe ao legislador “reunir e explorar sistematicamente os dados necessários a uma avaliação dos efeitos produzidos pela lei e corrigi-las em função dessa avaliação.”⁷³³ A obrigação de vigilância da lei não termina com a sua entrada em

legisprudencial. In GRÁNDEZ, Pedro. MORALES, Félix (Coord). **La argumentación jurídica en el Estado constitucional**. Lima: Palestra, 2013, p. 20.

⁷³⁰ KRISTAN, Andrej. ¿Cómo justificar una (no) intervención legislative? Los elementos clave para un discurso jurisprudencial. In GRÁNDEZ, Pedro. MORALES, Félix (Coord). **La argumentación jurídica en el Estado constitucional**. Lima: Palestra, 2013, p. 14.

⁷³¹ DEUTSCHER BUNDESTAG. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

⁷³² TCF 88, 203, 310. FLÜCKIGER, Alexandre. **A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa**: uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais. Senatus, Brasília, v.7, n.1, p.14-23, jul. 2009, p. 16.

⁷³³ Vigilância e correção legislativa (Beobachtungspflicht, Korrektur-oder Nachbesserungspflicht). FLÜCKIGER, Alexandre. **A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa**: uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais. Senatus, Brasília, v.7, n.1, p.14-23, jul. 2009, p. 14.

vigor. Ao revés, o parlamento deve assegurar ao longo da existência da lei dados que permitam avaliar seus efeitos.⁷³⁴ Para o TCF esta obrigação é compreendida da seguinte forma: “O legislador deve observar e, eventualmente corrigir a lei”.⁷³⁵ Contudo, qual a extensão da obrigação de correção da lei? E, qual o momento para a correção (*ex post*, concomitante ou *ex ante*) enquanto obrigação imposta pelo TCF? Flückiger entende a partir da análise da jurisprudência do próprio Tribunal que cabe ao legislador promover a correção assim que detectada a inconstitucionalidade ou esta se manifesta claramente: “cabe ao legislador remediar a inconstitucionalidade da lei assim que possível”.⁷³⁶ Contudo, a determinação exata de momento não é tão evidente, cumpre recordar que ainda está diante de um cenário político sujeito a volatilidade de interesses. Ocorre que se o momento de correção é indeterminante, o conteúdo é certo. Assim, a obrigação de vigilância se aplica quando a lei é susceptível ou viola uma disposição constitucional que afronta um direito fundamental. Esta obrigação jurisprudencial implica outra questão: a partir de quando se considera que a lei infringe a constituição? Ao se admitir que o magistrado “deva apenas considerar a situação na fase de elaboração da lei, como foi admitido pelo Tribunal em

⁷³⁴ “Concretamente, a Corte de Karlsruhe solicita que sejam levados em conta os impactos incertos da lei sobre os direitos fundamentais, exigindo que os dados pertinentes sejam recolhidos, de forma sistemática, e apreciados visando avaliar o mais precisamente possível seus efeitos para antecipar mutações importantes o mais breve possível. A Corte forneceu, por vezes, indicações bastante precisas ao legislador sobre o tipo, a natureza e a qualidade das estatísticas a serem recolhidas com respeito à obrigação da vigilância legislativa. Assim, no acórdão sobre a interrupção da gravidez, ela pediu que fosse feito um levantamento do total de abortos em números absolutos, sua relação com a população global, o número de mulheres em idade de procriar, o número de gestações, as mortes fetais, os neonatos vivos e os abortos não ilícitos em função de diferentes bases legais”. FLÜCKIGER, Alexandre. **A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa**: uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais. Senatus, Brasília, v.7, n.1, p.14-23, jul. 2009, p. 15.

⁷³⁵ “A Corte Constitucional emprega, sem grande rigor terminológico, estes diferentes termos: correção posterior, obrigação de correção posterior, obrigação de correção, obrigação de adaptação, obrigação de melhoria.” [...] “O legislador deve observar o desenvolvimento e, no caso, aplicar a correção da norma. TCF 95, 267,314. Ver também, TCF 111, 333,360; 25, 1, 13; 49, 89, 130; 50, 290, 335; 57, 139, 162 e seguintes. Mais precisamente, considerando a importância exemplar dos aspectos constitucionais atingidos pelo regime penitenciário de adolescentes, o legislador é obrigado a observar e avaliar os resultados dos fatos e, se for o caso, corrigir as normas (TCF 2 BvR 1673/04, de 31.05.2006 §64); ou, que o legislador observe o desenvolvimento da legislação continuamente, a avalie e, se for o caso, revise a norma se houver mudança ou falta de adequação atual aos seus pressupostos originais (TCF 110, 141, 158); ou ainda: se após uma fase de suficiente observação de que a norma não mais garanta a proteção exigida pela constituição, o legislador está obrigado por meio de alterações ou acréscimos das normas existentes, a corrigir os defeitos e garantir a obediência do “Untermassverbot” em termos de proteção (obrigação de correção e/ou acréscimo) (TCF 88, 203, 309). FLÜCKIGER, Alexandre. **A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa**: uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais. Senatus, Brasília, v.7, n.1, p.14-23, jul. 2009, p. 21.

⁷³⁶ FLÜCKIGER, Alexandre. **A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa**: uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais. Senatus, Brasília, v.7, n.1, p.14-23, jul. 2009, p. 16.

alguns julgamentos, negligencia-se a possibilidade de uma lei ser inconstitucional no futuro”.⁷³⁷ Contudo, o TCF considera que uma lei em vigor e, portanto originalmente em consonância com a constituição, “pode-se tornar contrária a ela devido à evolução de circunstância pertinente”.⁷³⁸

Concretamente, alguns exemplos são apontados como sujeitos à obrigação de vigilância a partir de situações de fato modificada ou incerta:

i) “Caso da taxaço do transporte de mercadorias para fins da própria empresa: [...] Tendo em vista as dificuldades específicas com as quais a legislação moderna na área de trânsito deve arcar, o legislador deve ter um prazo maior dentro do qual possa avaliar os efeitos de regulamentos experimentais e, assim, chegar a conclusões para as suas resoluções futuras. As possibilidades técnicas mudam rapidamente, pois, mesmo quando uma norma altera um segmento, ela requer que seja considerado o sistema inteiro de trânsito e também o econômico”⁷³⁹

ii) “Hipótese do novo sistema em matéria de financiamento dos partidos políticos. Entende o Tribunal que este modelo não é contrário à igualdade de oportunidades; no entanto, o legislador não está desobrigado de verificar a exatidão de suas previsões com relação aos impactos efetivos da lei, de recolher os dados estatísticos necessários e de corrigir, caso precise, a porcentagem fixada. Assim, este entendimento não dispensa o legislador da obrigação de medir a veracidade do seu prognóstico por intermédio das consequências reais da norma, de obter as estatísticas necessárias e de corrigir, se necessário, a porcentagem legalmente estipulada”.⁷⁴⁰

No entanto, ainda resta uma questão: qual a sanção para o descumprimento da obrigação de correção das leis? No caso da Alemanha, verifica-se que referida obrigação é especificada nos fundamentos da decisão, mas não em sua parte dispositiva. Assim, na prática não há um acórdão que estabelecesse qualquer sanção sobre violação da obrigação

⁷³⁷ MAYER, Christian. Citado por FLÜCKIGER, Alexandre. **A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa:** uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais. Senatus, Brasília, v.7, n.1, p.14-23, jul. 2009, p. 16.

⁷³⁸ “[...] Ver, por exemplo, a forma a seguir utilizada na decisão referente ao ruído dos aviões (TCF 56, 54, 79): “nas suas decisões mais recentes, a Corte Constitucional Federal repetidamente decidiu que o legislador possa ser obrigado a reformar (corrigir) uma norma anteriormente considerada constitucional”. MAYER, Christian. Citado por FLÜCKIGER, Alexandre. **A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa:** uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais. Senatus, Brasília, v.7, n.1, p.14-23, jul. 2009, p. 21.

⁷³⁹ (TCF 16, 147, 188, Transporte interempresarial de grandes distâncias, 22.05.1963). FLÜCKIGER, Alexandre. **A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa:** uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais. Senatus, Brasília, v.7, n.1, p.14-23, jul. 2009, p. 17 e 22.

⁷⁴⁰ (TCF 73, 40, 94, Doações a partidos políticos, 14.07.1986). FLÜCKIGER, Alexandre. **A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa:** uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais. Senatus, Brasília, v.7, n.1, p.14-23, jul. 2009, p. 17 e 22.

de sanção.⁷⁴¹ Sobre esse aspecto cumpre ressaltar que há elementos distintivos entre as normas da legística (os princípios da legisprudência) e as regras jurídicas, sobretudo considerando seu *enforcement*. Assim, as normas da legística, na medida em que estabelecem critérios metódicos, auxiliam a gestão da qualidade das normas. Trata-se em verdade de um *droit doux* (direito flexível) não possui a característica de *jus cogens* como as regras jurídicas. Contudo, existe a possibilidade de se constitucionalizar as normas da legística e dos princípios da legisprudência. Para Blanco de Moraes essa possibilidade deve ser ponderada, uma vez que existem pelo menos quatro critérios para que esta solução seja tomada em último recurso: i) Incompatibilidade da rigidez constitucional com a volubilidade e as mutações permanentes de políticas públicas em matéria de legística; ii) Existem domínios da legística cuja constitucionalização constituiria um maior fator de insegurança para o direito; iii) Possibilidade de uma nova e discutível sobrecarga fixada à liberdade conformadora do decisor legislativo; iv) Crescente intervenção da Justiça Constitucional em invalidar leis contrárias à legística.⁷⁴² Diante dessas possíveis consequências, a prática demonstra que os ordenamentos que não interiorizaram em seu texto constitucional as normas de legística, permanecendo como *soft norm*, logram-se a atingir maior nível de aplicabilidade dos critérios e também maior *ductibilidade* na adaptação do sistema aos novos desafios que surgem no campo da qualidade da lei.⁷⁴³

De certo, os princípios legisprudenciais, independente de sua positivação, mas ainda, como *soft norm* podem contribuir na tarefa poligenética de criação das leis. Com efeito, na perspectiva da jurisdição constitucional referidos saberes devem ser somados aos princípios da interpretação constitucional. Inocêncio Coelho recorda que a aplicação dos princípios constitucionais e a desconfiança dos predicados *demiúrgicos do legislador racional* coadunam com a ideia de *jogo concertado*, “de restrições e complementações recíprocas, entre os cânones interpretativos eventualmente concorrentes, do qual resulta, ao fim e ao

⁷⁴¹ CHOI, Yooncheol. In (TCF 73, 40, 94, Doações a partidos políticos, 14.07.1986). FLÜCKIGER, Alexandre. **A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa**: uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais. Senatus, Brasília, v.7, n.1, p.14-23, jul. 2009, p. 19.

⁷⁴² MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 222.

⁷⁴³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Editora Verbo, 2007. p. 223.

cabo a sua mútua e necessária conciliação”.⁷⁴⁴ A luz dessa orientação, destacam-se os seguintes princípios, sistematizados conforme quadro, a seguir exposto.

QUADRO 7: PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Princípios	Características
Unidade da Constituição	<ul style="list-style-type: none"> • “As normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela própria constituição”.
Concordância prática ou da harmonização	<ul style="list-style-type: none"> • “Consiste, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum”.
Princípio da correção funcional	<ul style="list-style-type: none"> • “Tem por finalidade orientar os intérpretes da constituição no sentido de que, instituindo a norma fundamental um sistema coerente e previamente ponderado de repartição de competências.” • “Nos momentos de crise tanto os tribunais, quanto o parlamento e o executivo, não é possível superar essas disputas sem lealdade à constituição”.
Princípio da eficácia integradora	<ul style="list-style-type: none"> • “Orienta o aplicador da constituição no sentido de que, ao construir soluções para os problemas jurídico-constitucionais, procure dar preferência àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração social e a unidade política.”
Princípio da força normativa da constituição	<ul style="list-style-type: none"> • “Apelo para que os aplicadores da constituição, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, procurem dar preferência àqueles pontos de vista que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, lhes confirmam maior eficácia”.
Princípio da máxima efetividade	<ul style="list-style-type: none"> • “Orienta os aplicadores da lei maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, mas sem alterar o seu conteúdo.”
Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade	<ul style="list-style-type: none"> • “Consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”.

Fonte: formulado pela autora a partir de: COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159-170.

⁷⁴⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159. Cf. Nino, Carlos Santiago. *Considerações sobre la dogmática jurídica*. México: UNAN, 1974, p. 95-99.

Em síntese, pode-se afirmar que a jurisdição constitucional possui um papel relevante em sua função de correção funcional dos desvios dos demais Poderes. Assim como funciona como um *freio republicano* ao desejo *desenfreado* da maioria ao desrespeitar a Constituição. Ainda, o exercício da jurisdição constitucional, sobretudo em caráter preventivo representa a garantia de que aplicação dos valores constitucionais enquanto uma tarefa poligenética de criação normativa é um dever de todos os Poderes. Com efeito, no contexto de um Estado Democrático de Direito, não há prevalência de um poder sobre o outro, mas a preponderância da Constituição, enquanto unidade normativa e valorativa, sobre todos. A Constituição, sob essa perspectiva, não se reduz ao texto em seu rol de direitos e deveres. Mas, sobretudo enquanto sua essência democrática-republicana. O *espírito da Lei Maior*. O reflexo dessa imagem é tarefa primeira da jurisprudência constitucional, uma vez que pode contribuir consideravelmente para tornar viva a *eficácia integradora* da constituição e a própria dignidade da legislação.⁷⁴⁵ Com efeito, diante dessa constatação importa ainda refletir sobre o (tenso) diálogo entre a Justiça Constitucional e o Poder Legislativo. Este é o objeto de reflexão do próximo tópico.

3.2 A jurisdição Constitucional e Soberania do Parlamento: a questão dos atos interna corporis

“[...] Sendo a Constituição o elo conteudístico que liga a política ao direito, o grau de dirigismo e da força normativa da Constituição - mormente em países como o Brasil, onde as majorias de quatro em quatro anos intentam reformar a Constituição, como se a sua existência fosse um empecilho para os bons projetos salvacionistas dos governantes - dependerá não somente, mas também, da atuação da sociedade civil, instando instâncias judiciárias ao cumprimento da Constituição, mediante o uso dos diversos mecanismos institucionais (ações constitucionais, controle difuso e concentrado de constitucionalidade). E isso também implica lutas políticas.”⁷⁴⁶

⁷⁴⁵ BACHOF, Otto. **Nomas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994, p. 12.

⁷⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2104, p. 122-123.

Uma crítica que recai ao modelo de jurisdição constitucional é a sua pretensa incompatibilidade com a soberania do Parlamento. Contudo, Kelsen aponta que não se pode atribuir soberania a um órgão estatal em particular, uma vez que a soberania pertence à própria ordem estatal e pela unidade ao povo. O princípio da soberania do parlamento não pode existir para acobertar eventual *desejo político* de não se deixar limitar pelas normas da Constituição. Uma segunda objeção ao modelo de jurisdição constitucional decorre do princípio da *separação* dos poderes. O fato de o Tribunal Constitucional atuar como um legislador negativo pode ser melhor compreendido a partir do sentido de *divisão de poderes* que traduz corretamente a ideia de repartição do poder entre diferentes órgãos, “não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre os outros. E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo, nas mãos de um órgão, mas para garantir o regular funcionamento institucional.” Portanto, “a jurisdição não é uma contradição ao princípio da divisão de poderes; ao contrário é uma afirmação dele.”⁷⁴⁷

Contudo, as críticas formuladas ao modelo Kelseniano de *Constitutional Review* e, mesmo, ao modelo estadunidense de *Judicial Review*, superaram a barreira do tempo e no contínuo processo de evolução e aperfeiçoamento, ainda ocupam posição de destaque no século XXI. Pfersmann argumenta que “lá onde uns pedem o *Rechtsstaat*, outros exigem a democratização da vida política, o respeito dos direitos do homem e do cidadão, a separação dos poderes ou o respeito aos valores republicanos”. Deve-se perguntar hoje, se os fundamentos da jurisdição constitucional subsistem por força própria, sobretudo no que concerne ao controle jurisdicional dos atos do poder legislativo.⁷⁴⁸ Cappelletti recorda que o fortalecimento da Jurisdição Constitucional está diretamente vinculado a necessidade de divisão de poderes. A soberania do Parlamento como uma espécie de *credo político* não se mostrou imune ao controle judicial, sobretudo com a incorporação de valores democráticos e garantia de direitos, como por exemplo, os remédios constitucionais. E, ainda na atualidade no contexto dos Estados Democráticos de Direito, a *Justiça Constitucional* representa uma conquista à opressão governamental e possui um papel importante, no

⁷⁴⁷ Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150-152.

⁷⁴⁸ Pfersmann, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 82. (Série IDP: direito comparado).

controle do poder político, diante da dinâmica do sistema de freios e contrapesos. Em verdade, há que se distinguir entre a função harmonizante da Jurisdição Constitucional e o conteúdo, às vezes, impactantes de suas decisões. Verifica-se que a *dissenção* recai, muitas vezes, sobre o conteúdo das decisões constitucionais.⁷⁴⁹ Para Holmes, *o espetáculo* que se forma perante as grandes questões *faz um péssimo direito*. Assim, há que se indagar sobre o porquê “dos grandes julgamentos serem chamados de grandes”. Para o autor, isso ocorre, “não tanto pela importância que têm em delinear a jurisprudência a ser seguida, mas prioritariamente porque um acidente qualquer provocou um demasiado interesse no caso”. Esse *acidente* pode revelar “sentimentos que distorcem o julgamento.” E consequentemente, importa em “*tornar aquilo que era claro, parecer duvidoso.*”⁷⁵⁰

Com efeito, “os tribunais criam o direito o tempo todo” e, ao fazê-lo podem se limitam a preencher as lacunas que o Poder Legislativo deixou nas leis que aprovou ou então, a “tomar conta de uma área que o Poder Legislativo, intencionalmente, entregou ao judiciário para que a desenvolvesse”.⁷⁵¹ Assim, para Ely:

“A corte está substituindo o Poder Legislativo, e, se isso foi feito de uma maneira que o Poder Legislativo não aprove, ela pode ser prontamente corrigida. Quando uma Corte invalida um ato dos poderes políticos com base Constituição, no entanto, ela está rejeitando a decisão dos poderes políticos, e em geral o faz de maneira que não esteja sujeita à correção pelo processo legislativo ordinário. Assim, eis a função central, que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam.”⁷⁵²

Ely suscita a questão sobre a legitimidade, em seu critério representativo, da atuação da Jurisdição Constitucional através de uma decisão tomada por uma *minoria togada* a invalidar uma lei formada por uma *maioria eleita* para representar o povo. Esse debate pode ser compreendido, *prima facie*, à luz de Gadamer. Assim, para o autor, há que

⁷⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu?** A expansão e a legitimidade da Justiça Constitucional. Revista Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre: ano 12, número 40, p. 15/49.

⁷⁵⁰ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992, p. 130.

⁷⁵¹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 7-8.

⁷⁵² ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 8.

se entender o problema a partir do sentido de igualdade jurídica e do postulado de que a lei vincula a toda a comunidade jurídica: Governantes, governados, legisladores e juízes. Assim:

“A ideia do direito contém a ideia da igualdade jurídica. Se o soberano não está submetido a lei, mas pode decidir livremente acerca de sua aplicação, fica então, obviamente, destruído o fundamento de toda a hermenêutica. Aqui também se mostra que a interpretação correta das leis não é uma simples teoria da arte, uma espécie de técnica lógica da subsunção sob parágrafos, mas uma correção prática da ideia do direito. A arte dos juristas é também o cultivo do direito”.⁷⁵³

Ainda, no que concerne à legitimidade, em grau de representação da vontade do povo, pode-se afirmar que esta é conferida à Jurisdição Constitucional, através da própria garantia dos direitos constantes da Constituição, como uma escolha majoritária e democrática. Contudo, atentando para o fato que referido argumento pode conter uma tautologia (é legítimo porque está na lei e se está na lei é porque é legítimo), cumpre verificar que, em verdade, a atuação da Justiça Constitucional compõe a dinâmica de divisão de poderes. Trata-se de um *jogo concertado*. Queiroz entende que a jurisprudência do Tribunal Constitucional, em sua influência corretiva, contribui para incrementar o diálogo entre as instituições políticas e jurisdicionais. Assim, no que concerne ao exercício de fiscalização da função normativa, implementa-se uma nova *dimensão comunicativa*.⁷⁵⁴ Nesse sentido, em verdade, a decisão contramajoritária representa uma atividade de mediação entre os direitos democráticos e os limites republicanos. E, no contexto de aperfeiçoamento das instituições no Estado Democrático de Direito, impera-se os esforços de cooperação entre os poderes.

Verifica-se ainda que a legitimidade da decisão do Tribunal Constitucional recai também no critério de coerência aplicado em sua *ratio decidendi*. Com efeito, se a construção da sentença inicia-se com uma pré-compreensão; a decisão é o resultado do devido processo legal e todas as suas garantias.⁷⁵⁵ Ademais, no que concerne ao procedimento de abertura da interpretação, na esfera da sociedade aberta dos *intérpretes*

⁷⁵³ GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 63-64.

⁷⁵⁴ QUEIROZ, Cristina. **O Parlamento como fator de decisão política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 99-108.

⁷⁵⁵ COELHO, Inocência Mártires. Seminário: “**A teoria hermenêutica: a teoria de Emilio Betti**”. 13 mar. 2014. Notas de aula.

da Constituição, a participação na lide pode contar com o auxílio dos *Amigos da Corte*. Sob esse aspecto, a teoria de Häberle questiona a negação do monopólio da interpretação constitucional, “mesmo naqueles casos em que se confere a um órgão jurisdicional específico o monopólio da censura.”⁷⁵⁶ De fato, o reconhecimento da pluralidade e da complexidade da interpretação constitucional traduz a concretização do princípio democrático-republicano, assim como também é uma consequência metodológica da abertura material da Constituição. Cumpre ressaltar ainda que o modelo de Jurisdição Constitucional constante da proposta de Kelsen é associado a um critério democrático na medida em que referida Justiça atua na defesa e proteção das minorias.⁷⁵⁷ Assim como os *Federalistas* sustentavam a independência no exercício da magistratura e a necessária dinâmica entre as funções do Estado orientadas pela Constituição, conforme se depreende do texto a seguir:

“Pouco valeria objetar que os Tribunais de Judicatura, com o pretexto de contradição, poderão substituir a sua vontade às instituições constitucionais da legislatura: o mesmo poderia acontecer com a decisão entre dois estatutos contraditórios ou mesmo na aplicação de um só estatuto normativo. Que os Tribunais devem declarar o sentido da lei, é coisa indubitável: ora, se eles estivessem dispostos a exercitar vontade em lugar de juízo, em qualquer ocasião poderiam substituir as suas intenções às do Corpo Legislativo. [...] Mas, de quanta coragem necessitam os juizes para defender a Constituição tão fielmente como lhes cumpre, quando o Corpo Legislativo é provocado pelos ataques da maioria. E não é somente em relação às infrações da Constituição que a independência dos juizes pode ser um remédio necessário contra esses caprichos momentâneos que podem nascer nas sociedades, quando estes acessos de mau humor não tendem senão a ofender uma classe particular de cidadão: por leis injusta e parciais, é preciso que a firmeza dos juizes mitigue a severidade de semelhantes leis e lhes restrinja o efeito; o que não só diminuirá os inconvenientes das que já tiverem passado, mas desviará o corpo legislativo de fazer outras da mesma ordem.”⁷⁵⁸

⁷⁵⁶ HARBELE, Peter. “**Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**”. Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**. Brasília, Brasília, vol. 1, n. 8, janeiro 2000.

⁷⁵⁷ KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁷⁵⁸ HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. (Paper n. 78, p. 461-462).

De fato, o poder é uno, porém dividido entre as funções. Nesse contexto, verifica-se que o legislador possui uma legitimidade conferida pelo voto e pelo bom comportamento decorrente dos critérios democráticos e republicanos. E que, o juiz tem uma legitimidade *adquirida*. Referida legitimidade, reitera-se, advém dos critérios argumentativos constante da fundamentação de suas decisões.⁷⁵⁹ Ainda, convém recordar que a legitimidade pela *ratio decidendi* está contida no princípio do devido processo substantivo como um meio através do qual se controla o arbítrio do Legislativo e a discricionariedade dos atos do Poder Público. É por seu intermédio que se procede ao exame da razoabilidade e da racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral. Linares argumenta, a partir dos ensinamentos de Locke e da atuação de Coke, que o poder legislativo não deve ser um poder arbitrário. Há que se constituírem limitações à sua atuação e essas limitações devem ser aplicadas pelos juízes.⁷⁶⁰

Outra crítica que recai sobre a justiça constitucional é possibilidade de transformar o conflito político em jurídico. Contudo, tecnicamente essa transformação realiza-se com a substituição de um tipo de norma por outra. De fato, não há como evitar a produção de normas defeituosas. “O imperativo do Estado de Direito exige que toda norma possa ser controlada antes e/ou depois de sua entrada em vigor por órgãos especializados, distintos daqueles que editaram”. Nesse sentido, “é possível limitar as categorias de normas não submissas ao controle, mas, não tornar todas as normas controláveis”.⁷⁶¹

Diante dessa constatação indaga-se sobre os *espaços imunes* ao controle jurisdicional. Cattoni alerta para a inadequação, no contexto do Estado Democrático de Direito, da existência de *ilhas corporativas de discricionariedade*. Sob essa perspectiva, acentua-se que até mesmo o Regimento Interno que disciplina a atuação do Poder Legislativo em sua matéria *interna corporis*, são consideradas regras subsidiárias da norma constitucional e não são invulneráveis ao controle de constitucionalidade. Referidas normas

⁷⁵⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. Seminário “**Indeterminação do direito e segurança jurídica**. Diretrizes para uma interpretação estrutural dos modelos jurídicos”. 24 abr. 2014. Notas de aula. Mimeografado. “A construção da sentença apesar de começar com uma pré-compreensão ela é o resultado do processo”.

⁷⁶⁰ LINARES, Juan Francisco. **Razonabilidad de las leyes**: el debido proceso como garantía inominada en la Constitución Argentina. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 58.

⁷⁶¹ PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 86; 94. (Série IDP: direito comparado).

são passíveis de controle de constitucionalidade a fim de se conformarem ao devido processo legislativo e também guardar os princípios constitucionais que fundamentam e legitimam o processo constitucional.⁷⁶² Carvalho Netto acentua que o Supremo Tribunal Constitucional não deve permitir a *privatização do processo legislativo* tomado apenas como prerrogativa do parlamentar e não como garantia do próprio regime democrático. Assim, propõe uma reflexão: “Imagine, qual o significado do seu voto nessa eleição que acabou de passar, se as normas regimentais não impedem a ditadura da maioria, se são apenas normas *interna corporis*, ou seja, de eventual maioria?” Diante dessa questão, o autor entende que “o preço a ser pago é o da redução da Constituição a uma simples fachada”, como uma espécie de atestado da sua incapacidade de produzir legitimidade, gerando, ao contrário, descrédito institucional e anomia.⁷⁶³ Leite Sampaio compreende que os espaços jurisdicionais vazios, isto é, indenes à apreciação judicial, inclui os atos *interna corporis*. Todavia a definição dos limites desses espaços não é tarefa das mais fáceis.⁷⁶⁴

No contexto brasileiro, a doutrina das questões políticas e das *matérias interna corporis* foram incorporadas expressamente nas Constituições de 1934 e 1937. A Constituição de 1967/69 e a Constituição da República de 1988, não vedam expressamente conteúdos imunes ao controle judicial. Ao revés, a Constituição de 1988 indica a possibilidade de revisão judicial de toda ameaça ou lesão a qualquer direito.⁷⁶⁵ Contudo, a atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria consideradas *interna corporis* representa uma questão sobremaneira prudente e que engloba também exercício político de controle. Na prática brasileira, o projeto de lei que regulamenta a ADPF, em sua redação original previa a possibilidade de utilização de referida ação para suspender a tramitação de lei que afrontasse o regular processo legislativo. Em verdade, o Projeto de Lei nº 17, de 1999 no Senado Federal e PL nº 2.872/97 na Câmara dos Deputados, tiveram por escopo instituir

⁷⁶² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 16, 25-26.

⁷⁶³ CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Cord). **Crise e desafios da constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 288-289.

⁷⁶⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 247.-248.

⁷⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 5º, inciso XXXV. Brasília. Senado Federal, 2015.

uma ferramenta judicial para controlar a regularidade constitucional do processo legislativo. Assim constava da redação original dos PLs:

“Art. 1º A arguição prevista no § 1o do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – [...]

II – em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal. [...]

"Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 4º Se necessário para evitar lesão à ordem constitucional ou dano irreparável ao processo de produção da norma jurídica, o Supremo Tribunal Federal poderá, na forma do *caput*, ordenar a suspensão do ato impugnado ou do processo legislativo a que se refira, ou ainda da promulgação ou publicação do ato legislativo dele decorrente.

Art. 9º Julgando procedente a arguição, o Tribunal **cassará o ato ou decisão exorbitante** e, conforme o caso, **anulará os atos processuais legislativos subsequentes**, suspenderá os efeitos do ato ou da norma jurídica decorrente do processo legislativo impugnado, ou determinará medida adequada à preservação do preceito fundamental decorrente da Constituição."⁷⁶⁶ (grifos nossos)

Ocorre que os dispositivos em tela foram vetados pelo Presidente da República e mantidos pelo Congresso Nacional. As razões do veto consistiram em síntese: i) Não se faculta ao Supremo Tribunal Federal a intervenção ilimitada e genérica em questões afetas à interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas casas, ou regimento comum do Congresso Nacional. Tais questões constituem, antes, matéria *interna corporis* do Congresso Nacional; ii) A intervenção autorizada ao Supremo Tribunal Federal no âmbito das normas constantes de regimentos internos do Poder Legislativo restringe-se àquelas em que se reproduzem normas constitucionais; iii) Impõe-se o veto da referida disposição por

⁷⁶⁶ BRASIL, Congresso Nacional. **Projeto de Lei no 17**, de 1999 (no 2.872/97 na Câmara dos Deputados), que "Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal.

transcender o âmbito constitucionalmente autorizado de intervenção do Supremo Tribunal Federal em matéria *interna corporis* do Congresso Nacional.⁷⁶⁷

Essa orientação resta assentada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com destaque para o julgamento do Mandado de Segurança nº 22503-DF. O relator para o Acórdão foi o Ministro Maurício Corrêa.⁷⁶⁸ Do mesmo modo, no julgamento do Mandado de Segurança nº 22183-DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal assentou que “o fundamento regimental, por ser matéria *interna corporis*, só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito à apreciação do Poder Judiciário.”⁷⁶⁹

Assim, em linhas gerais, a experiência brasileira tem consolidado a interpretação de que a aplicação das normas regimentais são consideradas matérias *interna corporis* e, portanto submetidas apenas à censura interna e à responsabilização dos membros da respectiva Casa. Todavia, resta cabível a impugnação do ato na esfera judicial diante de uma afronta da norma constitucional e violação de direito subjetivo do Parlamentar.

Ressalta-se que, à toda evidência o veto ao texto original da lei que disciplina a ADPF demonstra que o exercício da dinâmica de freios e contra pesos ocorre entre as três esferas do Poder. Ademais, diante da ausência de um instrumento conforme o proposto, por ocasião do disciplinamento do processo e julgamento da ADPF, autoriza a ação da jurisdição constitucional a fim de corrigir um arranjo institucional, decorrente, sobretudo de um modelo de presidencialismo de coalização no qual é possível perceber as falhas do controle político.

Por fim, resta analisar a contra partida do Poder Legislativo ao Poder Judiciário. Para tanto, destaca-se a tramitação da PEC 33/2011. Referida PEC visava implementar alterações especificamente nos artigos 97, 102 e 103-A da Constituição de 1988. As modificações provocariam mudanças na atuação do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que concerne a edição de Súmulas Vinculantes e o exercício do controle de constitucionalidade

⁷⁶⁷ BRASIL. **Mensagem nº 1.807**, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

⁷⁶⁸ STF, Mandado de Segurança nº 22503-DF. Rel. Ministro Maurício Corrêa. DJ 06.06.97, p. 24872.

⁷⁶⁹ STF, Mandado de Segurança nº 22183-DF, Rel. Ministro Marco Aurélio. DJ 12-12-97, p. 65569.

das Emendas Constitucionais. Em síntese, o texto da proposição defendia o aumento do quórum para a declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais que passaria para quatro quintos, bem como, o condicionamento do caráter vinculante das súmulas aprovadas pelo STF à prévia aprovação pelo Poder Legislativo, além a submissão das decisões que afirmassem a inconstitucionalidade de Emenda Constitucional à análise do Congresso Nacional. Apontou-se como justificativa para o Projeto, *litteris*:

“ [...] O protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente dos órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. [...] Não são poucos os exemplos a ilustrar o ativismo exacerbado no Brasil. Começemos pelo caso da fidelidade partidária, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) – contido em Resolução - criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, em adição às enumeradas no art. 55, sem que houvesse qualquer menção expressa no texto constitucional relacionada à sanção por infidelidade partidária. Outro caso amplamente conhecido foi a extensão da vedação do nepotismo ao Poder Executivo e Legislativo, por meio de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso. [...] Há ainda os casos da redução de vagas de vereadores, da súmula das algemas, e tantos outros. É tarefa simples enumerar os casos de explícito ativismo judicial. Difícil é mencionar exemplos de autocontenção de nossa Corte Suprema. O fato é que, em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte do debate de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário. Disso são exemplos a questão das ações afirmativas baseadas em cotas raciais, a questão das células tronco e tantas outras. As decisões proferidas nesses casos carecerão de legitimidade democrática porque não passaram pelo exame do Congresso Nacional. Estamos, de fato, diante de um risco para legitimidade democrática em nosso país. Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um *superlegislativo*. [...] A nosso ver, a súmula vinculante vem sendo utilizada pelo STF como um “cheque em branco” posto à disposição pelo Poder Legislativo. Seu uso não está em consonância com o texto constitucional e, portanto, deve passar por ajustes.”⁷⁷⁰

Em verdade, algumas das temáticas apontadas pela justificativa em grau de *ativismo judicial*, como fidelidade partidária e o modelo de cotas nas universidades públicas provenientes de ações afirmativas, por exemplo, foram intencionalmente deixadas a cargo do Tribunal. *In casu*, não legislar é uma decisão, sobretudo quanto a temáticas que demandam uma reforma política ou que impõem debates acalorados no eleitorado. E,

⁷⁷⁰ BRASIL. **Justificativa à PEC 33/2011.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=498A726EB77AAC6A4FC9546E7EA1D989.node1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em 15 fev. 2015.

diante da inércia propositada do Poder Legislativo, não há que se falar em *ativismo judicial* como *usurpação de funções*, uma vez que não foram estabelecidos limites normativos próprios, quando muito se pode verificar a prolação de decisões *excessivamente criativas*. Não é demais recordar que não há vácuo do Poder.

O parecer na CCJC quanto à referida proposta de Emenda à Constituição, foi tomado no sentido de que: i) “Nada a objetar”, no que se refere a proposta para alterar o quórum para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais de maioria absoluta para quatro quintos, porquanto não se verifica na espécie violação ao princípio da separação dos Poderes; ii) “Nada a objetar”, com relação ao que se propõe condicionar o efeito da súmula vinculante à sua aprovação pelo Congresso Nacional, nada a objetar, pois esse instituto não tem natureza jurisdicional, vale dizer, não é ato judicial típico, o que afasta a ofensa ao princípio da separação dos Poderes; iii) “Nada a objetar”. No que tange a proposta de se pretende submeter ao Congresso Nacional a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de proposta de emenda à Constituição, há, na espécie, manifesta inovação. Ao valorizar a soberania popular, reforçando o comando constitucional previsto no parágrafo único do art.1º da CF, contribui sobremaneira para o diálogo e a harmonia entre os Poderes Judiciário e Legislativo, bem como preserva a separação dos Poderes. E deixa claro que no caso de conflito entre estes Poderes, a decisão cabe soberanamente ao Povo, através de consulta popular.⁷⁷¹ Com efeito, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em reunião ordinária opinou pela admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011, nos termos do Parecer do Relator. Contudo, em votação no plenário, referida proposta foi arquivada nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.⁷⁷²

O caso em tela demonstra a reação do Poder Legislativo à atividade do Supremo Tribunal Federal, sobretudo no que concerne à sua atuação como legislador negativo em sede de controle abstrato e também quanto ao exercício de pacificação de entendimento jurisprudencial por meio da adoção das súmulas vinculantes. Contudo, não se pode perder

⁷⁷¹ Relatório da CCJC à PEC 33/2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=498A726EB77AAC6A4FC9546E7EA1D989.node1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011. Acesso em 15.02.2015.

⁷⁷² “Art. 165. Discussão é a fase dos trabalhos destinada ao debate em Plenário. § 1º A discussão será feita sobre o conjunto da proposição e das emendas, se houver. § 2º O Presidente, aquiescendo o Plenário, poderá anunciar o debate por títulos, capítulos, seções ou grupos de artigos.” Regimento Interno da CD.

de vista que a proposição legislativa representa, sim, uma afronta direta ao princípio da divisão de poderes, ao contrário do entendimento constante do parecer da CCJ. Primeiro, é descabido no atual estágio da democracia brasileira, diante da independência dos poderes que uma decisão sumulada pelo Supremo Tribunal Federal tenha que passar pela aprovação e convalidação do Congresso Nacional. Trata-se de uma realidade bastante distinta da possibilidade de decretação de eficácia *erga omnes* através da decisão do Senado Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, a teor do que dispõe no inc. X, do art. 52 da CF/88. E, ressalta-se, que referido dispositivo é objeto de mutação constitucional, sobretudo diante da inércia do Poder Legislativo. A hipótese aventada na PEC 33 é mais grave ao restringir diretamente a atuação do Supremo Tribunal Federal. Ademais, a história do constitucionalismo consubstanciada na tradição doutrinária e na *práxis* jurisprudencial, compreende a existência e aplicação da Súmula Vinculante como um instrumento essencial ao *Judicial Review*. Trata-se de uma função tipicamente jurisdicional para efeito de implementação do *stare decisis*, ainda que tardia no modelo brasileiro. Diante desse cenário, ao arrepio da ordem jurídica, é possível imaginar como seria a eficácia da súmula vinculante a depender de uma aprovação no Congresso Nacional. A experiência demonstra que se não funcionou para o Senado Federal na hipótese do inc. X, art. 52, que representa uma situação menos complexa, imagina-se para Súmula Vinculante? Ademais, verifica-se que a proposta de alteração do quórum para quatro quintos não encontra precedente em critérios de votação nem no Próprio Congresso.

A toda evidência a proposição em tela não atende aos princípios legisprudenciais. Primeiro, no que concerne ao *princípio da alternatividade*, verifica-se que o suposto *ativismo judicial* não representa uma *falha social*. Trata-se de uma questão institucional. E, sobre esse aspecto é curioso observar que a PEC foi objeto de discussões no Congresso Nacional coincidentemente no período de julgamento da Ação Penal 470 (comumente conhecida como mensalão), pelo Supremo Tribunal Federal. Esse fato de *per si* já constitui uma afronta ao princípio da temporalidade, em que a lei deve ser relacionada às condições histórica e contextuais presentes no momento de sua criação.

No que tange ao princípio da densidade normativa, verifica-se que deve haver uma justificação (motivação) para a criação da lei na proporção da densidade do impacto

normativo. Isto é, quanto mais forte a restrição de liberdade, mais completa deve ser a justificação. E, *in casu*, a principal justificativa para a criação do projeto repousa no argumento de que, *verbis*:

“No mais, importa salientar que a quadra atual é, sem dúvida, de exacerbado ativismo judicial da Constituição. Nesse contexto, a autocontenção pelos tribunais (“*judicial self-restraint*”) não tem sido capaz de deter o protagonismo do Poder Judiciário. Essa circunstância apenas reforça a necessidade de alterações constitucionais, com vistas a valorizar o papel do Poder Legislativo de titular soberano da função de legislar.”⁷⁷³

O ativismo judicial parece não ser a melhor motivação para a interferência do legislativo nas atividades do judiciário. Sobretudo, diante de uma *Constituição ativista*, da inércia do poder legislativo e da impossibilidade do poder executivo de executar as políticas públicas. Razões essas que constituem as principais causas que demandam uma atuação mais positiva do poder judiciário. E por fim, quanto ao princípio da coerência, observa-se que um sistema legal não é uma “cadeia estática de limitações externas”. Ao contrário é um conjunto complexo e dinâmico de proposições interligadas a respeito do que deve ser feito e como deve ser feito. Assim, a partir de uma visão sistêmica da ordem jurídica e da trajetória histórica e constitucional do nosso modelo de constitucionalidade não é possível conceber a submissão das decisões do Poder Judiciário ao controle do Poder Legislativo, sobretudo no marco de um Estado Democrático de Direito. Cumpre recordar que a supremacia é da Constituição enquanto ordenamento dos valores políticos e sociais de um povo encolhidos em um dado momento e aperfeiçoado em um processo contínuo.

Todo esse cenário de reflexão representa o pano de fundo para a análise do papel da Jurisdição Constitucional na acomodação de conflitos que envolvem, sobretudo, o poder legislativo. Essa é a temática desenvolvida a seguir.

⁷⁷³ BRASIL. **Justificativa** à **PEC 33/2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=498A726EB77AAC6A4FC9546E7EA1D989.node1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em 15 fev. 2015.

3.3 O papel da Jurisdição constitucional na acomodação de conflitos entre a maioria e minoria parlamentar e a proposta criação de uma Corte para o Brasil

“O político deve servir às majorias. O magistrado deve ser o refúgio das minorias. Os regimes políticos democráticos há de ser o governo das majorias, mas sem prejuízo ou menoscabo dos direitos das minorias.”⁷⁷⁴

Há também uma dúvida quanto ao que deve ser o poder supremo no Estado – é a multidão? Ou os ricos? Ou os bons? Ou o melhor homem? Ou um tirano? Qualquer dessas possibilidades parece envolver consequências desagradáveis.⁷⁷⁵ Aristóteles inicia o capítulo XI da obra “A política” instaurando a dúvida quanto a possibilidade de se haver alguma verdade no princípio de que o povo deva estar no poder da Pólis. Waldron examina essa questão a partir da “*doutrina da sabedoria da multidão*” (DSM). Assim, ao se comparar, o direito à soberania do povo em geral (o corpo geral dos cidadãos), com o direito a soberania de um indivíduo que é o mais capaz, o melhor e o mais sábio dos cidadãos, ainda assim se pode dizer que o direito do povo prevalece.⁷⁷⁶ Assim, para Waldron pelos postulados presentes na *doutrina da sabedoria da multidão* é possível afirmar que: i) O povo atuando como um corpo é capaz de tomar decisões melhores reunindo o seu conhecimento, a sua experiência e o seu discernimento do que *qualquer membro individual* do corpo, por mais excelente que seja, é capaz de tomar sozinho; ii) O povo atuando como um corpo é capaz de tomar decisões melhores reunindo o seu conhecimento, a sua experiência e o seu discernimento do que *qualquer subconjunto de pessoas* atuando como um corpo e reunindo o conhecimento, a experiência e o discernimento dos membros do subconjunto.⁷⁷⁷

Sabe-se que a ideia de representação na modernidade, enquanto poder político, surge ainda da necessidade física, geográfica e operacional de limitar a deliberação, o que não significa restringir a virtude política da participação. Nesse sentido, para Waldron a

⁷⁷⁴ ALVES JR, Luís Carlos Martins. **Constituição, Política & Retórica**. Brasília: Uniceub, 2014, p. 108.

⁷⁷⁵ ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 143

⁷⁷⁶ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 114-115.

⁷⁷⁷ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 115-116.

doutrina da *sabedora da multidão* pode ser suporte de compreensão a respeito da condição da lei e de que o Estado de Direito só é possível entre os que já são iguais em certo sentido.

778

Com efeito, a DSM fundamenta-se no *argumento de somas* e este pode ser um critério para se compreender a *física do consentimento* em seu critério de majoritarismo. Waldron entende que a arbitrariedade da decisão majoritária no parlamento é citada como uma maneira de realçar a legitimidade das cartas de direitos e da revisão judicial. Contudo, a comparação entre os tribunais e as legislaturas e a questão da revisão judicial não são as únicas razões pelas quais é preciso desenvolver uma *teoria da legislação*. Precisa-se desta, entre outras coisas, para desenvolver concepções adequadas de autoridade legislativa e interpretação legislativa.⁷⁷⁹ Os teóricos políticos parecem considerar a decisão majoritária, em certo sentido, evidente ou *natural*.⁷⁸⁰ É natural quando os membros de um grupo discordam colocar a matéria em votação e implementar a política preferida pelo maior número. Contudo, na política, a coesão *não é dada*; antes, *é estabelecida*, em boa parte, pela conduta dos membros do corpo em questão. E, não se trata de simples consentimento, o que tornaria a legitimidade da decisão majoritária um problema puramente de convenção.⁷⁸¹ Para Höffe, a deliberação política é um *consenso experimental* válido para a sociedade em seu conjunto. Assim não há como prosperar a ideia, segundo a qual as instancias políticas tomam sua decisão com livre soberania.⁷⁸²

Com efeito, a decisão no âmbito do Parlamento de *per si* não denota a soberania do Parlamento, mas sim a soberania da Constituição no marco de uma ordem democrática.

⁷⁷⁸ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 126.

⁷⁷⁹ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.155-157.

⁷⁸⁰ Waldron refere-se diretamente à Locke: “Locke diz o seguinte em defesa do processo majoritário: “Quando qualquer número de homens, pelo consentimento de cada indivíduo, formou uma comunidade, eles, por meio disso, fizeram dessa comunidade um corpo, com poder de atuar como um corpo, apenas pela vontade e determinação da maioria. Pois o que move qualquer comunidade, sendo apenas o consentimento dos indivíduos dela, e sendo necessário que aquele que é um corpo se desloque, e sendo necessário que o corpo se mova para onde a maior força o carrega, que é o consentimento da maioria; do contrário, é impossível que aja ou continue como um corpo, uma comunidade, que o consentimento de todos que se uniram nela concordaram que seria, e, portanto, todo o mundo é obrigado por esse consentimento a chegar a um acordo decidido pela maioria”. WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 158.

⁷⁸¹ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 163.

⁷⁸² HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.436-437.

Nesse sentido, a atuação da Jurisdição constitucional representa a função mediadora no conflito entre maioria e minorias parlamentares. Pfersmann recorda que a Justiça Conformativa tem por finalidade manter o consenso alargado, contra uma imposição limitada. E, nesse sentido, a regra da maioria qualificada permite melhor à minoria impedir uma decisão desejada pela maioria. Esse argumento indica a inviabilidade de uma democracia absolutamente majoritária. Reitera-se que democracia é dissenso, ou melhor, liceidade para o dissenso. Com efeito, a estabilização institucional de democracia requer a existência de uma variante de justiça constitucional na proteção dos direitos da minoria em seu exercício de oposição. Assim para que a sociedade estabeleça “uma cultura democrática e uma duração de decisões uma duração de decisões prolongadas é preciso que as coalizões fiquem relativamente estáveis”. E, “mesmo na ausência de regras de estabilização, a continuidade reduz a plasticidade”.⁷⁸³

Kelsen alerta para o fato de que o princípio majoritário pode ser justificado pela aplicação do critério de igualdade, isto é, como um postulado de que as vontades dos indivíduos são iguais. Contudo, referida igualdade é apenas uma imagem e não representa a efetiva mensuralidade das vontades individuais. Assim, “da pressuposição puramente negativa de que um indivíduo vale mais que outro não se pode deduzir, positivamente, que a vontade da maioria é a que deva sempre prevalecer”.⁷⁸⁴ O procedimento Parlamentar ensina que uma ditadura da maioria sobre a minoria não é possível a longo prazo. O processo parlamentar representa uma técnica dialético-contraditória, fundamentada em discursos e réplicas e argumentos e contra-argumentos na busca de uma definição. Nesse sentido, a prática legislativa demonstra que, em verdade, o princípio parlamentar é uma espécie de compromisso de *acomodação* aos antagonismos próprios da atividade política.⁷⁸⁵ Tomado por esses termos, o processo parlamentar ao garantir a participação da minoria no processo político de formação das leis atua em favor da legitimidade e em defesa do pluralismo jurídico. Com efeito, a democracia aqui representa o compromisso com a com a representação majoritária e minoritária. E caso, o Parlamento infrinja essa regra, cabe a

⁷⁸³ PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103-112. (Série IDP: direito comparado).

⁷⁸⁴ KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 31.

⁷⁸⁵ KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 70.

atuação do freio republicano em sua função essencial de acomodação de conflitos e garantia de direitos.

O problema da regra da maioria e a garantia dos direitos da minoria indica a que a verdadeira república democrática é aquela onde as minorias podem efetivamente atuar, erigirem-se como oposições institucionalizadas, no exercício do dissenso, como atributos essenciais ao bom funcionamento das instituições republicanas. Assim, pela proteção e resguardo das minorias e sua participação necessária no processo político, a república tem no papel desempenhado pelas minorias um instrumento de oposição institucional ao governo. Diante dessa premissa, a função da representação proporcional dos partidos e o próprio pluralismo partidário constituem corolário do Estado Democrático de Direito.⁷⁸⁶

Waldron possui uma concepção crítica quanto a composição diversificada do Parlamento. Assim, um parlamento, em contraste, ao *solitário esplendor dos magistrados*, é um corpo rebelde, muitas vezes maior que esse número. E, fazendo eco a Blackstone, exige-se um longo percurso de treinamento para que alguém se torne juiz, o mesmo não se pode dizer dos representantes enviados pelos eleitores a *Westminster* que pensam em si como um *legislador nato*. “E há tantos deles que não conseguimos nos ouvir pensar”. Diante desse cenário, indaga-se: “Como isso pode ser uma maneira dignificada de fazer ou modificar o direito?” O claro consenso, no cânone do pensamento jurídico e político, de que tamanho de um corpo legislativo é antes um obstáculo do que uma vantagem para a legislação racional pode ser é explicado por um sentido que se origina do preconceito antigo, de que “quanto maior a assembleia legislativa, mais baixo o nível médio de sabedoria e conhecimento dos legisladores.”⁷⁸⁷ Recorda-se ainda os ecos de Maquiavel que preveniu a todos, cerca de quinhentos anos atrás, “que não nos deixássemos lograr e pensar que a calma e a solenidade são a marca de uma boa política, e que o barulho e o conflito são sintoma de patologia política.” De certo, *boas leis* podem surgir “desses tumultos que muitos maldizem inconsideradamente”. Devemos, assim, observar o que “o conflito, o tumulto e os números podem fazer pela liberdade e não ficar facilmente desconcertados com a atmosfera

⁷⁸⁶ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3ª edição. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001, p.101.

⁷⁸⁷ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 37.

barulhenta da assembleia popular”.⁷⁸⁸ John Stuart Mill preocupava-se com as perspectivas de uma legislação coerente surgirem quando os projetos de lei “são votados cláusula por cláusula por uma assembleia heterogênea”. Argumentava de um modo em geral, que “nenhum corpo de homens, a menos que organizado ou sob comendo, está apto para a ação”, e, como as funções legislativas são tanto questões de ação como funções executivas, concluiu que “uma assembleia numerosa está tão pouco apta para o assunto direto da legislação quanto para o da administração”. Como se pode esperar que algo coerente “surja da babel de suas propostas e contrapropostas conflitantes?”⁷⁸⁹

A experiência demonstra que o tamanho da composição da legislatura moderna e o critério de pluralidade é um problema relevante. Assim, quanto maior a diversidade social e mais complexos forem os problemas decorrentes do convívio entre diferentes, mais elevada é a responsabilidade do Parlamento na formulação das leis. Metaforicamente, “mesmo se fôssemos anjos, seríamos anjos com opiniões, sustentando visões conflitantes sobre o direito, pelas quais estaríamos preparados para lutar”.⁷⁹⁰

A *pluralidade partidária* no contexto de um *pluralismo social* representa a *persistência da discordância*, como uma das condições elementares da política moderna. A discordância entre os cidadãos quanto ao que devem fazer, como corpo político, é uma das circunstâncias da política. Nesse sentido, a dignidade da legislação e o fundamento da sua autoridade repousa na garantia do pluralismo de opiniões. O respeito pela legislação é, em parte, o tributo que devemos pagar à conquista da ação concertada, cooperativa, coordenada ou coletiva nas circunstâncias da vida moderna.⁷⁹¹

A toda evidência, o desenvolvimento constitucional no último século fortaleceu o compromisso original com o controle do governo pela maioria dos representantes dos governados. Contudo, na garantia de um pluralismo de ideias e posições partidárias é necessário estabelecer limitações colaterais ao governo da maioria. Ely recorda que no

⁷⁸⁸ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: DPL Editora, 2008. WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 41.

⁷⁸⁹ MILL, John Stuart. Considerações sobre o Governo Representativo. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981. WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 40.

⁷⁹⁰ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 54-56.

⁷⁹¹ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 186-190.

contexto norte-americano decidiram os constituintes que “é mais sábio e mais seguro estabelecê-las de antemão, antes de surgirem controvérsias específicas, do que desenvolvê-las no contexto de um problema político particular e das *paranoias e paixões* que o acompanham.” Verifica-se que as democracias ocidentais são constituídas de minorias e, por isso, o sistema depende da capacidade e da disposição dos diferentes grupos para compreender os interesses coincidentes que podem uni-los para formar uma maioria em relação a determinada questão.

Diante dessa conjectura, o papel da jurisdição constitucional na proteção dos direitos das minorias não consiste em apenas remover as barreiras à participação destas no processo político. O princípio de representação que jaz no cerne do sistema exige mais que o simples direito a voz e voto. Sob esse aspecto, “o direito constitucional existe para aquelas situações em que o governo representativo se torna suspeito, não para aquelas em que sabemos que ele é digno de confiança”.⁷⁹²

Ainda nesse contexto, mais um ponto a se destacar é o predomínio das funções desempenhadas pela Corte Constitucional do tipo europeu e da Suprema Corte de inspiração estadunidense. De fato, o exercício do controle preventivo na esfera legislativa é melhor compreendido à luz do modelo Kelseniano, já a prática jurisdicional de tutela dos elementos essenciais à garantia dos direitos das minorias contra majorias ocasionais conta com a ousadia norte-americana.

A doutrina de Ely aponta para a dificuldade de se imaginar “algum pretense direito constitucional que não possa ser definido como algo que cria um espaço particular onde podem ser tomadas decisões contrárias aos desejos de nossos representantes eleitos.”⁷⁹³ Para Kelsen é preferível, de modo geral, mas atendendo a peculiaridade de cada sistema, reduzir o número de autoridades supremas encarregadas de fazer o direito.⁷⁹⁴ Diante desse alerta, *prima facie*, é preciso distinguir entre os modelos dos órgãos de atuação em sede de controle de constitucionalidade. Com efeito, é característica do sistema de jurisdição

⁷⁹² ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 146.

⁷⁹³ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 121.

⁷⁹⁴ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 162.

concentrada, a reserva de um único órgão competente para julgar sobre a (in) constitucionalidade de uma lei. Em outras palavras, a *Corte Constitucional* ou *Tribunal Constitucional* de inspiração Kelseniana representa um órgão institucional independente, que não compõe, necessariamente, a estrutura do Poder Judiciário, mas que é responsável pelo juízo de conformação de leis e atos políticos com a Constituição.⁷⁹⁵ De acordo, com a concepção mais tradicional, a Corte Constitucional pela via principal *cassa* a lei que até aquele momento era válida. Canotilho registra “que o controle constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função que tendencialmente se pode caracterizar como função da legislação negativa.”⁷⁹⁶

Já a engenharia institucional desenvolvida a partir do modelo norte americano apresenta a Suprema Corte como última instância recursal. Na sistemática estadunidense, as Cortes Federais inferiores (*Circuit Court of Appeals*) apenas dispõe de autoridade final, quando, no processo, não se discutir nenhuma questão constitucional, pois do contrário, quando uma questão de constitucionalidade é levantada, cabe recurso para a Suprema Corte (*Supreme Court*), cujo precedente é vinculante, sobretudo em razão do princípio do *stare decisis*.⁷⁹⁷ Dessa forma o controle é exercido pela via incidental por ocasião de um *case* ou *controversy*.⁷⁹⁸

Assim, em que pese a distinção entre o *Judicial Review* e o *Constitutional Review*, ambos representem uma característica fundamental: a guarda da Constituição. Ely entende que a Corte é uma instituição responsável pela evolução e aplicação dos princípios fundamentais da sociedade, e sua função constitucional, conseqüentemente, é orientar valores e afirmar princípios. Sob esse aspecto, a tarefa da Corte consiste, sobretudo, em determinar o peso dos princípios na moral convencional e converter os princípios morais em

⁷⁹⁵ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 39. KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

⁷⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 892. Ainda conforme: SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

⁷⁹⁷ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 4.

⁷⁹⁸ Sem perder de vista modelos típicos como o caso do Conselho Constitucional da França, que é objeto de reflexão no tópico 2.3 da presente pesquisa.

princípios jurídicos, ligando-os ao corpo do direito constitucional. Contudo, ainda que os valores da *maioria do amanhã* sejam dados por *tribunais visionários*, verifica-se que, moldando o futuro, suas *profecias* dominam o presente. Assim, ao tentar prever o futuro, os magistrados da Suprema Corte colaboram para impor seus valores. “A corte não maneja nem a bolsa nem a espada, mas provou ter capacidade para exercer importante influência sobre o funcionamento da nação.” Sabe-se que a Corte não pode contrariar permanentemente a vontade de uma maioria sólida, mas ela certamente pode atrasar durante décadas a implementação dessa vontade. Ademais, para o autor não é incomum que um juiz da Suprema Corte fique em seu cargo durante décadas, durante as quais as questões debatidas sofrem mudanças radicais e passam a versar sobre assuntos bem diferentes dos que o Presidente tinha em mente à época da nomeação.⁷⁹⁹

Com feito, para Ely, as decisões constitucionais da *Corte de Warren*,⁸⁰⁰ em sua estrutura profunda, evidenciam uma abordagem significativamente diferente da abordagem axiológica favorecida pela academia.⁸⁰¹ Assim nas palavras do autor:

“É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores substantivos que ela considerara importantes ou

⁷⁹⁹ “Há cerca de quarenta anos, as pessoas “descobriram” que os juízes eram humanos e, portanto, em vários contextos jurídicos, tinham a predisposição, consciente ou não, de inserir seus valores pessoais em seus argumentos jurídicos. [...] Não há, em absoluto, como garantir que os membros vitalícios da Suprema Corte (ou os outros juízes federais) sejam pessoas que partilham dos nossos valores. [...] Ao que se diz, a compatibilidade com a teoria democrática estaria garantida pelo fato de que o judiciário, na realidade, não tem o menos poder para influir no modo o país é governado”. ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 58-63, 83.

⁸⁰⁰ The Warren Court, 1953-1969: “In 1969, Chief Justice Earl Warren stepped down after presiding over the Court for 16 years, a period marked by controversial decisions and impassioned public debate. There were heated conflicts over desegregation remedies formulated under the decision in *Brown v. Board of Education*; over what was called a revolution in the rights of criminals; and over issues of religious freedom, guaranteed in the first 16 words of the Bill of Rights.” The Warren Court, 1953-1969. Disponível em: <<http://www.supremecourthistory.org/history-of-the-court/history-of-the-court/the-warren-court-1953-1969/>>. Acesso em 16 out. 2014.

⁸⁰¹ Ely está a se referir ao debate entre os interpretacionistas e não interpretacionista: “Os magistrados estão simplesmente pondo em prática a vontade do povo? A incompatibilidade com a teoria democrática é um problema que parece confrontar tanto os interpretacionistas quanto os adeptos do não interpretacionismo. O interpretacionismo parece ter a virtude substancial de se adaptar melhor à noção comum de como o direito funciona: ‘se a tarefa do juiz é aplicar a Constituição, então é a Constituição que ele deve aplicar e não a solução que lhe parece melhor naquele momento’. Mas o debate sobre o interpretacionismo envolve outra tese, segundo a qual aplicar a constituição necessariamente significa partir de premissas que estão explícitas ou claramente implícitas no documento em si.” ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 16.

fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é o contexto em que tais valores de fato podem ser corretamente identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade.”⁸⁰²

Para Ely, parece estar cada vez mais claro que a busca das metas participativas de acesso amplo aos processos e benefícios do *governo representativo*, foi o que marcou o trabalho da *Corte de Warren*. Como efeito, referida *Corte* ousou desafiar o postulado da autolimitação judicial consubstanciado no princípio do *self restraint* e no respeito à separação de poderes. Esse modelo estava fundamentado na sujeição do *Judicial Review* a certas restrições, tais como: i) na interpretação de princípios como devido processo ou isonomia, em virtude de suas texturas abertas, o magistrado não deveria substituir o legislador; ii) partir da premissa que há fatos que justificam a criação da norma eventualmente questionada; iii) preservar os atos legislativos sempre que as conclusões que os fundamentassem estivessem em consonância com o entendimento de um homem razoável. Contudo, a Corte Warren em determinados casos não adotava essa postura e pugnava por uma ação mais incisiva, sobre em temas pertinentes às liberdades individuais que demanda uma proteção mais aguda. As premissas de atuação, sob a presidência do Juiz Earl Warren, fundamentava-se, sobretudo nas seguintes premissas: i) é razoável que se deixe a correção das injustiças da lei à luta política quando os canais de representação e debate estão desobstruídos; ii) Contudo, quando o dispositivo questionado veda a participação de minorias no debate político, restringe a discussão de suas ideias ou distorce o funcionamento do processo político, a ação corretiva deve vir de fora do sistema e, *in casu*, a atuação da Corte não viola o princípio democrático.⁸⁰³

Com efeito, o modelo de Corte europeia e a ousada vanguardista constante da dinâmica estadunidense exercem fortes influências na realidade jurisdicional brasileira. Contudo, o fato do Brasil não ter uma verdadeira Corte Constitucional gerou vácuos institucionais. Verifica-se que a atuação preventiva do STF, no plano ideal, é útil para corrigir um arranjo institucional em um modelo de presidencialismo de coalização. Todavia,

⁸⁰² ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 98.

⁸⁰³ COX, Archibald. *The Warren Court: Constitutional Decision as an instrument of reform*. Cambridge: Havard University Press, 1968, p. 9-10.

o fato do STF não ser uma corte, essa *correção* deve ser feita com parcimônia e em situações excepcionais.

Um dos problemas do sistema misto brasileiro é o próprio *desprestígio da lei*, considerando o excesso de ações constitucionais pela via difusa e concentrada que chegam ao Supremo Tribunal Federal.⁸⁰⁴ Assim diante de um cenário superlativo de competências conferidas à Justiça Constitucional, indaga-se se a criação de uma Corte Constitucional do tipo europeia aumentaria o peso da presunção de constitucionalidade das leis. De certo, o STF seria despojado de um número significativo de processos e poderia atuar com maior atenção nas causas de elevada relevância constitucional.

Velloso recorda que na Assembleia Nacional constituinte de 1987/1988, debateu-se sobre a criação de uma Corte Constitucional aos moldes europeus. Contudo, prevaleceu a manutenção da experiência centenária de controle de constitucionalidade praticado pelo STF. Contudo, para que Supremo Tribunal pudesse realizar a guarda precípua da Constituição foi criado o Superior Tribunal de Justiça (STJ).⁸⁰⁵ Referida questão voltou a ser objeto de reflexão com a Emenda Constitucional n.45 de 2004 e recentemente foi discutida a partir da Proposta de Emenda à Constituição nº 275/2013. A justificativa para a introdução do modelo de Corte foi fundamentada nos seguintes termos:

“A organização do Supremo Tribunal Federal, com efeito, padece de graves defeitos na forma de sua composição e no tocante ao âmbito de sua competência. [...] No Brasil, ao contrário, até hoje o Senado somente rejeitou uma nomeação para o Supremo Tribunal Federal. O fato insólito ocorreu no período conturbado do início da República, quando as arbitrárias intervenções decretadas por Floriano Peixoto em vários Estados suscitaram o acolhimento, pelo Supremo Tribunal, da doutrina extensiva do habeas-corpus, sustentada por Rui Barbosa. Indignado, o Marechal Presidente resolveu então nomear, para preencher uma vaga no Tribunal, o Dr. Barata Ribeiro, que era seu médico pessoal. Literalmente, não houve violação do texto constitucional, pois a Carta de 1891 exigia que os cidadãos nomeados para o Supremo Tribunal Federal tivessem “notável saber e reputação”; o que ninguém podia negar ao Dr. Barata Ribeiro. Foi somente pela Emenda Constitucional de 1926, e em razão daquele

⁸⁰⁴ Para a precisão do quantitativo recomenda-se: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Estatística do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. E, também: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Supremo em Números**. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Acesso em 15 jan. 2015.

⁸⁰⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 96.

episódio, que se resolveu acrescentar o adjetivo “jurídico” à expressão “notável saber”. Mas essa qualificação aditiva em nada mudou a prática das nomeações para o Supremo Tribunal Federal. Perdura até hoje uma hegemonia absoluta do Chefe de Estado no cumprimento dessa atribuição constitucional. Isso não significa que as pessoas nomeadas não estejam necessariamente à altura do cargo, mas que a sua escolha, sendo feita tão-só pelo Chefe de Estado, acaba por torná-lo objeto de pressões de toda sorte, em função de uma multiplicidade heterogênea de candidaturas informais. No que diz respeito à competência do Supremo Tribunal Federal, ocorre outra grave deficiência. A Constituição Federal de 1988 atribuiu-lhe, como objetivo precípuo, “a guarda da Constituição” (art. 102). Mas a consecução dessa finalidade maior é simplesmente obliterada pelo acúmulo de atribuições para julgar processos de puro interesse individual ou de grupos privados, sem nenhuma relevância constitucional.⁸⁰⁶

Assim diante desse cenário, apresentaram-se algumas propostas de mudança com destaque para: i) a transformação em uma autêntica Corte Constitucional, com ampliação do número de seus membros e redução de sua competência. A nova Corte seria, assim, composta de 15 (quinze) Ministros, nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional, após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a partir de listas tríplexes de candidatos oriundos da magistratura, do Ministério Público e da advocacia. Tais listas seriam elaboradas, respectivamente, pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; ii) Transitoriamente, os atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal passariam a compor a Corte Constitucional, com o acréscimo de mais quatro novos membros, nomeados como acima indicado; iii) A competência da Corte Constitucional seria limitada às causas que dissessem respeito diretamente à interpretação e aplicação da Lei Maior, transferindo-se todas as demais à competência do Superior Tribunal de Justiça; iv) alterações no processo das demandas de competência da Corte Constitucional, em relação ao direito atualmente em vigor. Assim é que, nas ações de inconstitucionalidade impetradas perante a Corte Constitucional, o Advogado-Geral da União deixa de ser ouvido obrigatoriamente, pois as questões aí examinadas não são, necessariamente, de interesse da União Federal de modo específico. Por outro lado, o recurso extraordinário passaria a ser admissível tão-só após decisão tomada por um tribunal superior; v) De acordo com a proposta, o Superior Tribunal de Justiça teria uma composição semelhante à da Corte

⁸⁰⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição nº 275/2013**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=579931>>.

Constitucional, mas contaria doravante com um mínimo de 60 Ministros; ou seja, quase o dobro do fixado atualmente na Constituição. Os atuais Ministros do Superior Tribunal de Justiça seriam mantidos, providenciando-se a nomeação dos futuros Ministros.⁸⁰⁷

A tramitação da PEC nº 275/2013, aguarda desde 11/06/2013, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Cumpre ressaltar que a Proposição sujeita-se à apreciação do Plenário e segue em regime especial.

Por fim, cumpre reconhecer que não há inconstitucionalidades convenientes. “A quebra do respeito à Constituição é o começo da desordem e o fim da certeza dos direitos.” Por isso, a guarda da Constituição é uma função precípua seja por parte de uma Corte ou de um Tribunal. De certo, em termos práticos, na sistemática brasileira, o extenso rol de atribuições confiadas ao STF tende a mitigar mais essa atribuição de mediadora na acomodação de conflitos entre a maioria e minoria parlamentar.

Considerações parciais

O problema da atuação constitucional e a questão da soberania do Parlamento alerta para o fato de que a autoridade, sem limites, pode violar o contrato social. A autoridade modernamente é questionável e não mais irrevogável.

⁸⁰⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição nº 275/2013**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=579931>>.

4. MANDADO DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DO PROCESSO LEGISLATIVO

“[...] Sem embargo, o tabu precisa ser destruído. É mister que nos habituemos a ver as coisas na sua realidade, na sua nudez, na sua objetividade, seja ou não agradável, esteja ou não de acordo com o nosso pensamento, coincida ou não com a nossa tradição. [...] Vemos tudo pelo lado romântico, fugindo à realidade, para nos abrigar sob o manto diáfano da fantasia. E essa tendência, essa inclinação atávica se afirma no próprio campo do direito, com o convertermos a lei em entidade ‘autônoma’, preceito por si mesmo completo e em si mesmo finito, autossuficiente, uma vez tornado obrigatório pela prática das formalidades exigidas. Promulgado e publicado, nada mais lhe falta: é lei”.⁸⁰⁸

Na dinâmica própria da divisão de poderes, em situações pontuais, a jurisdição constitucional é convocada a atuar de mais forma mais positiva, como uma espécie de *freio republicano* ao entusiasmo excessivo da maioria. Assim, o papel da *justiça constitucional* como salvaguarda contra os perigos da opressão majoritária, representa um contrapeso às funções do Parlamento que exorbitem a esfera constitucional. Hubner Mendes compreende a atuação da Corte Constitucional como um interlocutor institucional.⁸⁰⁹ Nesse contexto, ao considerar a avaliação sobre a constitucionalidade de uma norma em formação, como uma tarefa poligenética, tem-se que, diante de uma ofensa formal à Constituição ou diante de uma flagrante ofensa aos direitos das minorias partidárias, o Supremo Tribunal Federal está autorizado a adjudicar a avaliação do trâmite legislativo. Contudo, referida conjectura deve ser analisada à luz da evolução do instituto do mandado de segurança e também da prática advinda do estudo de casos, conforme é desenvolvido no presente capítulo.

⁸⁰⁸ BITTENCOURT, Lucio C. A. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. **Revista do Serviço Público**, ano V, Dezembro de 1942, vol IV, número 3, p. 122.

⁸⁰⁹ MENDES, Conrado Hüber. O Projeto de uma Corte Deliberativa. In VOJVODIC, Adriana. MOTTA, Henrique Pinto. GORZONI, Paula. SOUZA, Rodrigo Pagani (orgs). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 54.

4.1 Da doutrina do Habeas Corpus ao Mandado de segurança: a problemática da lei em tese

“É certo que o texto constitucional se apresente praticamente ilimitado. Mas, cumpre ao judiciário, como intérprete final da Constituição, colaborar com o poder constituinte, construindo uma doutrina do mandado de segurança menos aleatória e mais científica. A grande vantagem do instituto é ser remédio rápido, que permita uma pronta intervenção do judiciário em defesa de direitos individuais. Mas, se chegarmos a entender que serve para tudo, dentro em pouco nossos tribunais estarão abarrotados de mandados de segurança e o seu principal mérito desaparecerá. Já notamos indícios desse fenômeno, porque alguns mandados de segurança, uma vez impetrados, estão dormindo o sono dos recursos tradicionais. Nossos especialistas estão, pois, no dever de estudar o assunto com espírito de sistema, justamente para evitar que, pelo abuso, se corrompa e se perca tão útil instrumento de defesa dos direitos individuais.”⁸¹⁰

A Constituição da República Brasileira de 1988 dispõe em seu art. 5º, inc. LXIX e LXX, sobre o mandado de segurança para a proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade.⁸¹¹ Na ordem jurídica infraconstitucional, o Instituto do mandado de segurança individual e coletivo é disciplinado, na atualidade, pela lei 12.016 de 7.08.2009. Referido remédio constitucional compõe a evolução do modelo de direitos e garantias fundamentais e do próprio constitucionalismo brasileiro. Assim, para se compreender a natureza do

⁸¹⁰ LEAL, Victor Nunes. Questões Pertinentes ao mandado de segurança. In **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 442. (originalmente publicado em janeiro de 1948).

⁸¹¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

mandado de segurança brasileiro e sua (não) incidência, como um instrumento de controle preventivo de constitucionalidade, cumpre fazer uma breve memória das razões ensejadoras dessa *ação judicial*.

Com efeito, a evolução do mandado de segurança remete ao primeiro período republicano e à construção da *chamada doutrina brasileira do habeas corpus*, originária da interpretação conferida à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 que, ao alargar o conceito previsto no Código de Processo Criminal de 1832⁸¹², conferia ao *habeas corpus*, o *status* de um direito constitucional e ampliava a proteção aos casos de ameaça de constrangimento. Contudo, com a redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 ao art. 72 da referida Constituição, restringiu-se sua abrangência apenas para o âmbito penal, conferindo o mesmo tratamento já dispensado pelo Código de Processo Criminal de 1832.⁸¹³ Para Nogueira, a reforma implementada pela referida emenda constitucional abriu um grande vácuo na ordem jurídica, privando o país de um recurso jurídico de maior utilidade social. Assim, desprotegidos permaneceram até que oito anos depois com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934, o mandado de segurança veio a ser introduzido na legislação brasileira para a proteção de direitos *líquidos e incontestáveis*, inspirado na doutrina do *habeas corpus*. De fato, “um nascia do outro ou foi por este inspirado.”⁸¹⁴

Como expoente da doutrina brasileira do *habeas corpus*, Rui Barbosa, em defesa do ideal de liberdade, entendia que a competência dessa garantia era ampla, no sentido de não se limitar aos casos de constrangimento corporal, como também “a todos os casos em que

⁸¹² “Art. 340. Todo o cidadão que entender, que ele ou outrem sofrer uma prisão ou constrangimento ilegal, em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de - Habeas-Corpus - em seu favor.” BRASIL. **Lei de 29 de novembro de 1832**. Promulga o Código de Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 16 jun. 2014.

⁸¹³ “Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926). § 22 - Dar-se-á o habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)” Preservou-se a gráfica original das palavras à época. BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 16 jun. 2014.

⁸¹⁴ NOGUEIRA, Rubem. **Concepção ampla do habeas corpus antecipa o mandado de segurança**. Revista de Informação legislativa. Brasília, a. 21, n. 84, out./dez. 1984, p. 139.

um direito nosso, qualquer direito, estivesse ameaçado, manietado, impossibilitado no ser exercício pela intervenção de um abuso de poder ou ilegalidade”. E completa, ao afirmar que “nas questões de liberdade, na inteligência das garantias constitucionais, não cabe hermenêutica restritiva (*favorabilia anplianda*)”.⁸¹⁵ O advogado Rui Barbosa teve um papel importante na luta pela garantia dos direitos individuais, sobretudo a partir de sua atuação perante o Supremo Tribunal Federal.⁸¹⁶ Bonavides relata esse momento da história e da formação do próprio Tribunal:

[...] Mestre de hermenêutica constitucional, foi educador de nossos magistrados supremos. Apontou com a doutrina e a lição de história, o verdadeiro papel que incumbe a uma Corte máxima de justiça num sistema republicano e federativo. Impetrou habeas corpus ao Supremo em nome da nação, em favor de quarenta e sete perseguidos da ditadura de Floriano [...]. O fez consciente de que estava defendendo o regime, a Constituição, a liberdade. [...] Por que se inquietam os agentes da ordem social? Que perigo os ameaça? A concessão do *habeas corpus*. Nessa hipótese, só uma coisa poderia enfraquecer o governo: a sua insubmissão à sentença do Tribunal...Os meus constituintes não são os presos da Laje, ou os desterrados de Cucuí. Detrás deles, acima deles, outra clientela mais alta me acompanha a este tribunal. A verdadeira impetrante deste habeas corpus é a Nação. Conforme a decisão que proferirdes, ela saberá se a República brasileira é o regime da liberdade legal, ou da liberdade tolerada. E não esqueçais que a liberdade tolerada é a mais desbriadora e, portanto,

⁸¹⁵ “[...] desde que a Constituição não particularizou os direitos, que, com o habeas corpus, queria proteger contra a coação ou contra a violência, claro está que o seu propósito era escudar contra a violência e a coação todo e qualquer direito que elas podiam tolher e lesar nas suas manifestações”. BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires**. São Paulo: Saraiva, 1934, volume V, p. 495, 506 e 516.

⁸¹⁶ Sobre a atuação de Rui Barbosa nos *habeas corpus* impetrados perante ao STF e à própria história dos julgamentos no Tribunal cumpre reportar à: RODRIGUES, Leda B. **História do Supremo Tribunal Federal**. v. I. Defesa das Liberdades Cíveis (1891-1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. Ainda: “[...] No século XIX encontramos os Governos de Deodoro da Fonseca e, principalmente, Floriano Peixoto a ferir as liberdades públicas e a quebrar as balizas e as travas da primeira Constituição Republicana. No meio dos confrontos políticos que caracterizaram os primeiros Governos Republicanos, o STF foi reiteradamente chamado a se manifestar e julgando pedido de habeas corpus. Os Ministros tornaram-se alvos de críticas, de defesa e ataques. As sessões foram concorridas. Foram os anos do brilho de Rui Barbosa, que arrogava para si a função de defensor das liberdades individuais e da Constituição, não raro os debates iniciais no tribunal prosseguiram no Congresso e na imprensa. O vendaval castigava a vida pública. Naqueles dias o Congresso foi dissolvido, a armada se levantou, Deodoro da Fonseca renunciou, Floriano Peixoto assumiu e cortou cabeças de governadores; estado de sítio, deportações, quebras das liberdades e das garantias individuais, a violência impõe o seu império” SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. A relação do Supremo Tribunal Federal na história republicana. In: **Seminário o Supremo Tribunal Federal na História Republicana**. Rio de Janeiro. Anais. Ajufe, 2002.

a mais duradoura das formas de cativo; porque é o cativo, sem os estímulos que revoltam contra eles os povos oprimidos”.⁸¹⁷

O *habeas corpus* foi denegado, contudo, a tese vencida do Ministro Piza e Almeida plantou a semente para a concessão do remédio em ocasiões posteriores, tanto e em tal profusão que Floriano chegaria a exclamar num desabafo repleto de ameaças: “que eles concedam a ordem, mas, depois, que procurem saber quem concederá *habeas corpus* aos Ministros do Supremo”.⁸¹⁸ Em verdade, Floriano Peixoto descontente com a interpretação *favorabilia amplianda do habeas corpus* não fecha o Tribunal, contudo posterga a nomeação dos ministros aposentados, a fim de impedir a formação de quórum para os julgamentos mais importantes.

Pedro Lessa, como Ministro do Supremo Tribunal Federal, também desempenhou um papel decisivo na concessão de *habeas corpus* para a proteção de todo direito líquido e juridicamente indiscutível, em suas palavras, *direito escopo*, para cujo exercício de liberdade de locomoção fosse um meio. Assim, pouco importa a espécie de direitos que o paciente precisa ou deseja exercer, bastando que seja necessária a liberdade de locomoção para por em prática um direito civil, comercial ou administrativo. A essência desse entendimento repousa na falta de outra garantia constitucional, contra os abusos cometidos pelos demais Poderes, *in litteris*:

“[...] A liberdade individual é um direito fundamental, condição do exercício de um sem-número de direitos: para trabalhar, para cuidar de seus negócios, para tratar de sua saúde, para praticar os atos de seu culto religioso, para cultivar seu espírito, aprendendo qualquer ciência, para se distrair, para desenvolver seu sentimento, para tudo, em suma, precisa o homem da liberdade de locomoção, do direito de ir e vir. Além de inútil, fora difícil, senão enumerar todos os direitos que o indivíduo fica

⁸¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 167.

⁸¹⁸ Habeas Corpus n. 1063, Supremo Tribunal Federal, 5 de março de 1898. Consoante voto do Min. Piza e Almeida: “[...] Ora, não precisa grande esforço de raciocínio para desde logo se condenar um sistema que exige das liberdades públicas tão grande sacrifício, e que impõe às instituições democráticas o seu descrédito com a permanência do estado de sítio. E não se objete que também a doutrina deste tribunal deixa ao desamparo as liberdades individuais. Em face do nosso atual regime, é indiscutível a competência do Poder Judiciário Federal para manter a inviolabilidade da Constituição, que não pode ficar à mercê dos dois órgãos da soberania nacional. Assim, pois, se as medidas discricionárias do Presidente da República, durante o estado de sítio, têm os seus limites no Pacto Fundamental, que da mesma sorte indica, nesta grave emergência da vida social, qual o procedimento que compete ao Congresso, é manifesto que a inobservância de tais preceitos abrirá espaço à intervenção do Poder Judiciário.” Ainda, conforme: RODRIGUES, Leda B. **História do Supremo Tribunal Federal**. v. I. Defesa das Liberdades Cíveis (1891-1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

impossibilitado de exercer pela privação da liberdade individual: pela prisão, pela detenção ou pelo exílio. A impetração do *habeas corpus* para fazer cessar a prisão, ou para prevenir, é o que se vê diariamente. Algumas vezes, entretanto, a ilegalidade de que se queixa o paciente não importa a completa privação de liberdade individual. Limita-se a coação ilegal a ser vedada unicamente à liberdade individual, quando esta tem por fim próximo o exercício dum determinado direito. Não está o paciente preso, nem detido, nem exilado, nem ameaçado de imediatamente o ser. Apenas o impedem de ir e vir, por exemplo: a uma praça pública, onde se deve realizar uma reunião com intuitos políticos; a uma casa comercial, ou a uma fábrica, na qual é empregado; a uma repartição pública, onde tem de desempenhar uma função ou promover um interesse; à casa em que reside, ao seu domicílio.”⁸¹⁹

Arnoldo Wald e Rubem Nogueira afirmam que a coragem de Pedro Lessa vai além da concessão do *writ* para garantir todo direito certo e incontestável, relacionado direta ou indiretamente, com a liberdade de locomoção, mas recai sobre o controle dos atos do Poder Executivo que, ao decretar estado de sítio, impediu o exercício dos direitos e liberdades individuais. Nesse sentido, a questão suscitada por Lessa era: “É permitido ao Supremo Tribunal Federal declarar inconstitucional a decretação do estado de sítio pelo Poder Executivo e garantir direitos lesados?” E o próprio Ministro responde: “sem dúvida nenhuma que sim”.⁸²⁰

Em linhas gerais, o caráter extensivo conferido ao *habeas corpus* sustentou-se em razão da ausência de um instrumento capaz de conferir proteção aos direitos individuais.⁸²¹ Diante dessa evidência, já em 1914, na obra *Organização Nacional* de Alberto Torres constava a sugestão para a criação de uma garantia com a finalidade de amparar direitos

⁸¹⁹ Habeas Corpus nº 3.539 impetrado por Rui Barbosa para a livre circulação da imprensa carioca, sob o estado de sítio de maio de 1914. A ordem foi denegada e Pedro Lessa declarou ao assinar o Acórdão: “vencido em tudo”. Cf. NOGUEIRA, Rubem. **Concepção ampla do habeas corpus antecipa o mandado de segurança**. Revista de Informação legislativa. Brasília, a.21, n.84, out./dez. 1984, p. 141. Ainda, conforme: HORBACH, Carlos Bastide. **Memória jurisprudencial**: Ministro Pedro Lessa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007. (Série memória jurisprudencial).

⁸²⁰ NOGUEIRA, Rubem. **Concepção ampla do habeas corpus antecipa o mandado de segurança**. Revista de Informação legislativa. Brasília, a.21, n.84, out./dez. 1984, p. 142. WALD, Arnoldo. **Do mandado de segurança na prática judiciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 26.

⁸²¹ Wald recorda sobre a utilização supletiva dos Interditos Possessórios conforme tese arguida por Rui Barbosa na defesa de professores que perderam seus cargos, por razões políticas, na escola politécnica da USP, em 1906, no que restou conhecida como a Tutela da Posse dos Direitos Pessoais, refutada após a edição do Código Civil de 1916. Enfatiza ainda a pouca utilidade prática da Ação Anulatória dos Atos da Administração, com a edição da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que dispunha sobre a organização da Justiça Federal da República. WALD, Arnoldo. **Do mandado de segurança na prática judiciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 13-14.

lesados por atos do poder público ou de particulares, para os quais não houvesse outro recurso especial.⁸²²

Castro Nunes recorda que a ideia de um *mandado de garantia*, paralelo ao *habeas corpus*, foi discutida no Congresso Jurídico Brasileiro de 1922, presidido pelo Ministro Muniz Barreto, que, na oportunidade, afirmou sobre a necessidade de um instituto semelhante ao *recurso de amparo*, criado no México⁸²³, com rito, porém, mais sumário, e que compreendesse, tanto a agressão ao direito, partida da autoridade pública, como a proveniente de ato privado.⁸²⁴

Alfredo Buzaid em um trabalho intitulado *Juicio de amparo e mandado de segurança (contrastes e confrontos)*, traça um paralelo de criação entre os dois institutos, a partir das ideias difundidas no Novo Mundo.⁸²⁵ Assim no que concerne ao domínio político, “o Estado de Direito, em que se transfunde a ideologia do *liberalismo democrático*, é o império da lei, que cria como que uma harmonia preestabelecida entre os seus preceitos e a garantia da liberdade.” E, sobretudo no que concerne a restrição às liberdades, “a lei não há de ser a vontade de um ou de muitos senão algo de racional, dotado de generalidade; não *voluntas*, senão *ratio*.”⁸²⁶ À toda evidência, o ideal de definir os direitos do homem foi inegavelmente uma das mais importantes conquistas do século XVII. Contudo prossegue Buzaid, “a declaração estava banhada de um certo romantismo político, de efeitos mais ilusórios que reais; era preciso provê-la de meios aptos a alcançar a sua plena efetivação perante um dos Poderes do Estado, não sujeito aos demais”: esse poder representa o Poder

⁸²² TORRES, Alberto. **Organização Nacional**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1914.

⁸²³ Criado com a Constituição *Yucateca* de 1840, perpassando pelas Constituições de 1857 e 1917, esta última atualmente em vigor. Cf. ARAGON, Raquel Gutierrez. VERASTEGUI, Rosa Maria Ramos. **Esquema Fundamental del Derecho Mexicano**. México: Porrúa, 1999, p. 108. WALD, Arnold. **Do mandado de segurança na prática judiciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 64.

⁸²⁴ NUNES, José de Castro. **Do mandado de segurança**. 8 ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 2-3.

⁸²⁵ “[...] Mas, para compreender com clareza, a razão por que surgiu a figura do amparo, que goza de indiscutível prioridade sobre os demais institutos, idênticos ou similares, consagrados no Novo Mundo, é indispensável estudar, primeiro, ainda que em apertada síntese, o conjunto das ideias difundidas nos fins do século XVIII e primórdios do século XIX e a repercussão que produziram nos espíritos dos legisladores mexicanos, sem perder de vista as condições mesológicas do homem que abandona a Europa para se radicar nas terras deste continente.” BUZAID, Alfredo. **Juicio de amparo e mandado de segurança: contrastes e confrontos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1961, p. 174.

⁸²⁶ BUZAID, Alfredo. **Juicio de amparo e mandado de segurança: contrastes e confrontos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1961, p. 175.

Judiciário.⁸²⁷ Se juntamente com as declarações de Direito, em destaque a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, não fossem criadas garantias de proteção, esses documentos não passariam de “manifestos políticos com promessas sedutoras, dificilmente cumpridas pelos detentores do poder; seria ao mesmo tempo uma fonte de alegria e de desengano”.⁸²⁸ Assim, os remédios constitucionais representam a instrumentalização para o exercício das liberdades individuais e, para o moderno constitucionalismo, uma defesa dos direitos fundamentais (individuais e coletivos) assegurados pela Constituição.

O caminho para a instituição do mandado de segurança na ordem jurídica brasileira contou ainda com os trabalhos elaborados pela *Comissão do Itamaraty*. O Decreto nº 21.402, de 14 de maio de 1932, do Governo Provisório, fixou o dia 3 de maio de 1933 para a realização das eleições à Assembleia Constituinte e criou a Comissão para elaborar o anteprojeto da futura Constituição.⁸²⁹ E, em 1º de Novembro de 1932 foi expedido o Decreto nº 22.040 que dispôs sobre a regulamentação dos trabalhos da comissão e de uma subcomissão encarregadas de elaborarem o anteprojeto da futura Constituição Brasileira. Nomeada a subcomissão esta receberia “pelo prazo de 15 dias, sugestões dos membros da comissão, bem como de quaisquer instituições culturais, sindicatos, associações científicas, academias, tribunais judiciais e órgãos representativos de correntes de opinião.”⁸³⁰

A Comissão reuniu-se, no início de seus trabalhos, na residência, em Copacabana, do seu presidente Mello Franco. Mais tarde, deslocou-se para o Palácio do Itamaraty, donde o nome que lhe foi consagrado: Comissão do Itamaraty.⁸³¹ Em linhas gerais, o anteprojeto,

⁸²⁷ “Dos três poderes do Estado, um há que é o mais fraco na força e o mais forte na autoridade de suas decisões: o judiciário”. ⁸²⁷ BUZAID, Alfredo. **Juicio de amparo e mandado de segurança**: contrastes e confrontos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1961, p. 190.

⁸²⁸ BUZAID, Alfredo. **Juicio de amparo e mandado de segurança**: contrastes e confrontos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1961, p. 178-187.

⁸²⁹ BRASIL. **Decreto nº 21.402**, de 14 de Maio de 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21402-14-maio-1932-518100-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

⁸³⁰ BRASIL. **Decreto nº 22.040**, de 1º de Novembro de 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22040-1-novembro-1932-502838-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

⁸³¹ “A subcomissão reuniu-se, pela primeira vez, no dia 11 de novembro de 1932, na residência do presidente, de fato, dos trabalhos, que foi Afrânio de Mello Franco, Ministro das Relações Exteriores. Antunes Maciel, o Ministro da Justiça, transferiu-lhe, na prática, o encargo. Integraram a subcomissão: Mello Franco (presidente), Assis Brasil, Antônio Carlos Prudente de Moraes Filho, João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Arthur Ribeiro,

elaborado pela Comissão do Itamaraty, “conteve linhas revolucionárias, muitas não aproveitadas na futura Constituição que, apesar de rotulada de progressista, acabou por prender-se aos princípios republicanos tradicionais.”⁸³² No que concerne a atuação do Poder Judiciário, o anteprojeto apresentava novidades expressivas quanto ao controle da constitucionalidade das leis. Assim, caberia ao Supremo Tribunal Federal interpretar conclusivamente a Constituição em todo o território brasileiro. Especificamente, o problema da inconstitucionalidade era tratado da seguinte forma: “Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, as pessoas que estivessem nas condições do litigante vitorioso estariam amparadas pelo mandado de segurança”, também objeto de proposta de criação do anteprojeto.⁸³³ Com efeito, um ponto crucial de discussão foi a criação do mandado de segurança, conforme o termo abaixo apresentado:

“A grande inovação do anteprojeto com reflexo no Judiciário, e atinente aos direitos individuais, consolidava o que já era uma evolução jurisprudencial, extremando a garantia do habeas corpus para somente o direito de ir e vir, e criando o mandado de segurança. Dizia o art. 102, § 21: ‘Quem tiver um direito certo e incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo – poderá requerer ao juiz competente um mandato de segurança. A lei estabelecerá processo sumaríssimo que permita ao Juiz, dentro de cinco dias, ouvida neste prazo, por 72 horas, a autoridade coatora, resolver o caso, negando o mandado ou, se o expedir, proibindo-a de praticar o ato, ou ordenando-lhe restabelecer integralmente a situação anterior, até que, em última instância, se pronuncie o Poder Judiciário. Não será concedido o mandado, se o requerente tiver, há mais de 30 dias, conhecimento do ato ilegal, ou se a questão for sobre impostos, taxas ou multas fiscais. Nestes casos, caberá ao lesado recorrer aos meios normais.’”⁸³⁴

“Assim, quando a Constituição de 1934, por sugestão da Comissão do Itamaraty introduziu o mandado de segurança, não se tratava de uma ideia completamente estranha à

Agenor de Roure, José Américo, Osvaldo Aranha, Oliveira Vianna, Goés Monteiro e Themístocles Cavalcante (secretário da comissão geral). Reuniu-se a subcomissão cinquenta e uma vezes, encerrando-se seu trabalho a 5 de maio do ano seguinte. Dela se retiraram, antes do término, Arthur Ribeiro, José Américo e Oliveira Vianna; outros, posteriormente a seu início, prestaram a sua colaboração: Castro Nunes e Solano Cunha”. Cf. POLETTI, Ronaldo. **Coleção Constituições brasileiras** – 1934. V. 3. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 16.

⁸³² CALMON, Pedro. História do Brasil. Século XX - A República e o Desenvolvimento Nacional. V. II. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963, p.294.

⁸³³ Cf. POLETTI, Ronaldo. **Coleção Constituições brasileiras** – 1934. V. 3. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 21.

⁸³⁴ Cf. POLETTI, Ronaldo. **Coleção Constituições brasileiras** – 1934. V. 3. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 21-22.

prática judiciária.”⁸³⁵ Em verdade, a inspiração proveniente do modelo mexicano do *juicio de amparo* estaria, sobretudo, na utilização do mandado de segurança contra ato *manifestamente inconstitucional*. O inciso 33 do artigo 113 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, dispôs:

“Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou **violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade**. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.”⁸³⁶ (grifo nosso)

Esta aparente sutileza, remete a uma constatação: ato ilegal significa a indevida aplicação do direito vigente e ato manifestamente inconstitucional poderia ser qualquer norma contrária à ordem constitucional. Isso equivaleria à possibilidade de impetração de mandado de segurança contra lei em tese? Para compreender essa questão é preciso verificar as características provenientes do modelo mexicano *do juicio de amparo*.⁸³⁷ Para Héctor Fix-Zamudio, o *juicio de amparo* é utilizado em matérias distintas: i) Amparo como defesa dos direitos de liberdade. Visa proteger o indivíduo contra atos que afetem a sua vida, liberdade e dignidade pessoal; ii) Amparo contra leis. Utilizado para proteção do indivíduo contra leis inconstitucionais, determinando a não aplicação da lei ao caso concreto; iii) Amparo em matéria judicial. Tem como finalidade o exame da legalidade das soluções judiciais de última instância ditadas por todos os tribunais do país. Cabe, também, contra violações cometidas durante o processo, sempre que afetem o direito de defesa da parte prejudicada e por violações ocorridas em sentenças ou laudos; iv) Amparo Administrativo. Utilizado contra as resoluções ou atos definitivos emanados dos órgãos da Administração Pública, quando afetam os direitos dos particulares e dos recursos de revisão que se interpõem contra resoluções definitivas dos tribunais de contencioso administrativo;

⁸³⁵ LEAL, Victor Nunes. Questões Pertinentes ao mandado de segurança. In **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 440. (Originalmente publicado em janeiro de 1948).

⁸³⁶ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 16 jun. 2014.

⁸³⁷ O modelo mexicano foi um marco para a criação brasileira, sem perder de vista todo o construto histórico, com destaque para, o *mandamus* na Inglaterra, os *writs* nos Estados Unidos e os recursos de excesso de poder e de plena jurisdição do Direito francês. Cf. PICANÇO, Melchiades. **Mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Jacintho, 1937, p. 19.

v) Amparo em matéria agrária. Procedimento especial, acrescido à Constituição Federal Mexicana em 1962, que tem por objeto estabelecer vantagens processuais em benefício da população rural sujeita ao regime da reforma agrária.⁸³⁸ Especificamente no que concerne ao controle de constitucionalidade de *lei em tese*, Sálvio de Figueiredo entende que o *juicio de amparo* é um meio de “controle de legalidade em geral” e *in casu*, a autoridade coatora é o próprio Parlamento Mexicano.⁸³⁹

Ocorre que, na realidade brasileira, guardadas as devidas proporções, a amplitude da matéria passível de impetração pela via do mandado de segurança, conforme o texto da Carta de 1934, sobretudo diante de atos inconstitucionais, acarretou um uso indiscriminado do *writ*, como “uma panaceia judiciária capaz de curar os males, subvertendo as regras mais solidamente estabelecidas no nosso direito processual”.⁸⁴⁰

Diante desse cenário, na sistemática brasileira coube à Lei nº 191 de 16 de Janeiro de 1936 regulamentar o processo do mandado de segurança, não obstante sua origem auto executável, às questões emergentes de sua aplicação suscitaram a necessidade de regulamentação por lei ordinária.⁸⁴¹ Contudo, sob o regime imposto pelo Estado Novo, com as restrições promovidas no campo das garantias constitucionais das liberdades individuais,

⁸³⁸ FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Síntesis del Derecho de Amparo**. Panorama del Derecho Mexicano, México: UNAM, 1965, Tomo I, págs. 113 a 128. Ainda: FIX-ZAMUDIO, Héctor. **El juicio de amparo**. Presentacion de Antonio Martinez Baez. Mexico: Porrúa, 1964.

⁸³⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990. p.52-53. Ainda conforme: BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. Ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 15.

⁸⁴⁰ “Infelizmente, a jurisprudência, data vênha dos eminentes juristas que tem assento em nossos tribunais, vem tratando o assunto com um inverterado e prejudicial casuímo. Quem percorre nossos repositórios judiciários sente imediatamente a falta de sistema que domina a matéria. Com certo exagero, quase se pode dizer que os princípios variam com os casos; seu valor de generalidade é completamente precário, estimulando os advogados a jogar sempre, na esperança de suscitar a formação de uma nova regra que aproveite a sua pretensão”. LEAL, Victor Nunes. Questões Pertinentes ao mandado de segurança. In **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 441-442. (originalmente publicado em janeiro de 1948). LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

⁸⁴¹ Art. 1º da Lei nº 191/1936: “ Dar-se-á mandado de segurança, para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado, ou violado, por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade. Paragrafo único. Consideram-se atos de autoridades os das entidades autárquicas e de pessoas naturais ou jurídicas, no desempenho de serviços públicos, em virtude de delegação ou de contrato exclusivo, ainda quando transgridam o mesmo contrato. BRASIL. **Lei nº 191**, de 16 de janeiro de 1936. Regula o processo do mandado de segurança. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-191-16-janeiro-1936-543259-publicacaooriginal-53414-pl.html>>. Acesso em: 17 jun. 2014. Cf. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p 10.

o texto da Constituição de 1937 suprimiu o instituto do mandado de segurança. Restou apenas à legislação ordinária tratar sobre a utilização do mandado. Assim, o art. 16 do Decreto-Lei nº 06, de 16 de novembro de 1937, dispôs sobre as restrições quanto à legitimação passiva.⁸⁴² Em sequência, o Decreto-Lei nº 96, de 22 de dezembro de 1937 em seu artigo 21, impôs novas restrições ao *writ*, nesse sentido, “contra os atos da administração do Distrito Federal só caberiam os recursos judiciais admitidos contra atos da administração federal; excluído o mandado de segurança contra atos do Prefeito”.⁸⁴³ No que tange ao Código de Processo Civil de 1939, o campo de ação do instituto foi limitado, conforme o disposto em seus artigos 319 e 320.⁸⁴⁴

Com o retorno do regime democrático, a Constituição da República de 1946 restabeleceu o mandado de segurança como garantia constitucional, excluindo as restrições impostas pelo tratamento infraconstitucional do regime anterior. Assim, conforme previsto em seu parágrafo 24 do art. 141, o mandado de segurança destinou-se a “proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus*, seja qual for a autoridade responsável

⁸⁴² “Art. 16 do Decreto-Lei nº 06/1937: “Continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos da lei n. 191 de 16 de janeiro de 1936, exceto a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, Governadores e Interventores. Parágrafo único. Os mandados de segurança contra atos das demais autoridades federais são, no Distrito Federal, da competência de um dos três juízes da Fazenda Pública, a que se refere o art. 9º desta lei, e, nos Estados e Territórios, dos juízes da Capital a quem couber o feito nos termos do art. 108 da constituição Federal.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 96**, de 22 de Dezembro de 1937. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-96-22-dezembro-1937-350850-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

⁸⁴³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 96**, de 22 de Dezembro de 1937. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-96-22-dezembro-1937-350850-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

⁸⁴⁴ “Art. 319. Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores. § 1º Quando o direito ameaçado ou violado couber a uma categoria de pessoas indeterminadas, qualquer delas poderá requerer mandado de segurança. § 2º Também se consideram atos de autoridade os de estabelecimentos públicos e das pessoas naturais ou jurídicas, no desempenho de serviços públicos, em virtude de delegação ou contrato exclusivo, ainda quando transgridam o contrato ou exorbitem da delegação. § 3º Caberá o mandado de segurança contra quem executar, mandar ou tentar executar o ato lesivo. Art. 320. Não se dará mandado de segurança, quando se tratar: I – de liberdade de locomoção, exclusivamente; II – de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; III – de ato disciplinar; IV – de impostos ou taxas, salvo se a lei, para assegurar a cobrança, estabelecer providências restritivas da atividade profissional do contribuinte.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608**, de 18 de setembro de 1939. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 17 jun. 2014.

pela ilegalidade ou abuso de poder”.⁸⁴⁵ A Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, veio para regular a matéria, com algumas alterações legislativas posteriores.⁸⁴⁶

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 previu em seu parágrafo 21 do artigo 150, o mandado de segurança “para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual fosse a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.⁸⁴⁷ A Emenda Constitucional nº 01, de 1969, no parágrafo 21 de seu art. 153 manteve em exatos termos o texto da Constituição de 1967.⁸⁴⁸ O Código de Processo Civil, de 1973, apenas alterou normas procedimentais que se aplicavam subsidiariamente ao mandado de segurança, o que resultou na edição da Lei nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973. Referida lei, em seu artigo 3º, alterou os artigos 12 e 13 da Lei nº 1.533/51, ao prever: “o cabimento do recurso de apelação à sentença que concedesse ou negasse o mandado; o duplo grau de jurisdição obrigatório, possibilitando-se sua execução provisória; a suspensão da execução provisória da sentença que concedeu o mandado pelo Presidente do Tribunal, quando recebesse o recurso, cabendo, dessa decisão, o recurso de agravo ao próprio Tribunal.”⁸⁴⁹ Contudo, cumpre ressaltar que o período que antecedeu a Constituição de 1967 foi marcado pelo golpe militar de 64, época em que os militares assumiram o governo no Brasil. Os métodos ditatoriais implantados foram responsáveis pela suspensão das garantias constitucionais. Na prática, com o endurecimento ainda maior do regime, imposto através dos Atos Institucionais, a utilização do mandado de segurança, assim como outros direitos constitucionais, a exemplo do *habeas corpus* foi mitigada. E, no movimento cíclico da história, os dois institutos novamente se encontram e, como em outros tempos, superam a barreira do entendimento limitado para renascerem em berço democrático.

⁸⁴⁵ BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946.

⁸⁴⁶ Com destaque para as Leis 2.770 de 04/05/56; Lei 4.166, de 04/12/62; Lei 4.348, de 26/06/64; Lei 4.357, de 16/06/64, Lei 4.862, de 29/11/65 e Lei 5.021, de 09/06/66 dentre outras. Cf. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p 11-12.

⁸⁴⁷ BRASIL. Constituição (1967/1969). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 17 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

⁸⁴⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 jan. 2014.

⁸⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 6.014**, de 27 de dezembro de 1973. Referidos artigos foram revogados pela Lei nº 12.016, de 2009.

Com efeito, a Constituição da República Federativa de 1988 prevê o mandado de segurança destinado a “afastar ofensa ou ameaça a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade”.⁸⁵⁰ Visa, precipuamente, à invalidação de atos de autoridades capazes de lesar direito individual ou coletivo, líquido e certo.⁸⁵¹ Trata-se de uma ação civil de índole constitucional, processada de acordo com o rito sumário especial. O trâmite do *mandamus* tem prioridade sobre todos os demais processos, à exceção do *habeas corpus*. Na ordem jurídica infraconstitucional, o mandado de segurança está regulamentado pela Lei 12.016 de sete de agosto de 2009 que substituiu a Lei 1.533 de 31 de dezembro de 1951 e incorporou em um só diploma legal a maior parte das normas pertinentes à matéria.⁸⁵²

Cumpre ressaltar a edição da Lei nº 12.016/2009 é resultado de um longo processo que foi iniciado 13 anos antes, através da Portaria do Ministério da Justiça nº 634, de 23 de outubro de 1996. Referida norma, instituiu uma Comissão de notáveis juristas com a finalidade de elaborar propostas de reforma das leis que dispunham sobre a ação popular, a ação civil pública, a representação interventiva e, ainda, para propor projetos de lei regulamentando o mandado de injunção, o habeas data, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Dentre essas ações, estava a elaboração do anteprojeto de reforma do mandado de segurança.⁸⁵³ Os trabalhos da Comissão resultaram no projeto de lei que foi encaminhado pelo então Advogado-Geral da União, Gilmar Mendes e pelo

⁸⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnaldo. MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 31.

⁸⁵¹ Art. 5º, inc. LXIX: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

⁸⁵² BRASIL. **Lei nº 12.016**, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.

⁸⁵³ A Comissão foi formada por: Ada Pellegrini Grinover, Álvaro Villaça de Azevedo, Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, Arnaldo Wald, Caio Tácito, Carlos Alberto Direito, Gilmar Ferreira Mendes, Luiz Roberto Barroso, Manoel André, da Rocha, Roberto Rosas e Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Especificamente no caso do anteprojeto da Lei do Mandado de segurança, Arnold Wald foi o relator e Carlos Alberto Direito, o revisor. BRASIL. Portaria do Ministério da Justiça nº 634, de 23 de outubro de 1996. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnaldo. MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 154.

Ministro da Justiça, José Gregori, ao Congresso Nacional em 07 de agosto de 2001. A exposição de motivos que acompanhou o projeto de lei, demonstrou que:

“[...] Decorridos mais de 65 anos da introdução do instituto do mandado de segurança pela Carta Política de 1934 e quase meio século após a edição da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951 [...], evidenciou-se a necessidade de atualizar a legislação sobre a matéria [...]. Também inspiram a Comissão importantes conquistas jurisprudenciais, como por exemplo, sobre impetração contra decisões disciplinares e por parte de terceiro contra decisões judiciais, bem como, a adequada defesa pública, de modo a oferecer ao Poder Judiciário os elementos necessários a um julgamento imparcial, com a preservação dos interesses do Tesouro Nacional. [...] As normas que ora submetemos ao elevado descortino de V.Exa., destinadas a atualizar e aprimorar o sistema jurídico vigente, em relação a instituto que tem garantido adequadamente os direitos individuais e se tornou um dos instrumentos mais importantes do Estado de Direito e do sistema democrático”.⁸⁵⁴

Em virtude da remessa da proposta de reforma legislativa apresentada pelo Executivo, teve andamento o Projeto de Lei n.º 5.067/2001, que foi aprovado na Câmara dos Deputados (com três emendas); no Senado Federal o projeto foi aprovado em 24 de junho de 2009. No âmbito da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal foi emitido o Parecer nº 941/2009 que reafirmou a importância do projeto a fim de assegurar o exercício das “ações judiciais cidadãos, sem as quais se torna indiscutivelmente débil o exercício da cidadania e, especialmente, a aprovação contra abusos perpetrados pelo Estado e seus agentes”.⁸⁵⁵

Com feito, no entendimento de Arnaldo Wald, Gilmar Mendes e Hely Meirelles e de acordo com a legislação vigente, a natureza do mandado de segurança. O reveste de uma ação especial que se torna necessária “diante da maior densidade do direito defendido, que se caracteriza como líquido e certo e do poder exercido pela autoridade coatora.” Assim, “à medida que aumenta a prepotência do Estado, impõe-se a criação de recursos mais eficazes para a defesa do direito do indivíduo nas relações com o Poder Público.”

⁸⁵⁴ BRASIL, Ministério da Justiça. **Mensagem n.º 824** encaminhada ao Congresso Nacional com a exposição de motivos do Projeto de Lei nº. 5.067/2001, 07.08.2001. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnaldo. MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 155.

⁸⁵⁵ BRASIL. Senado Federal. **Parecer 941** de 2009-CCJ, relator Senador Tasso Jereissati, favorável. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnaldo. MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 159-161.

Nesse ponto é importante ressaltar a semelhança entre o entendimento sobre o mandado de segurança (como garantia do direito subjetivo do parlamentar de não se submeter a um processo legislativo inconstitucional), defendido por Arnaldo Wald, Gilmar Mendes e Hely Meireles e o modelo legisprudencial defendido por Wintgens. Conforme mencionado no capítulo 2, os indivíduos não conferem ao *soberano*, no caso, o Poder Legislativo, um *mandato geral*; o modelo implica que a liberdade é negociada a cada e toda limitação externa, isto é, há que se haver uma *justificação do legislador* ao limitar a esfera de direitos individuais.⁸⁵⁶ Nota-se ainda que aqueles autores estabelecem que à expansão da atuação do Estado deve corresponder um incremento na *eficácia* dos mecanismos de proteção ao indivíduo. Essa correspondência necessária remete ao segundo princípio da legisprudência: o princípio da densidade normativa (PN). Recordar-se que esse princípio estabelece que toda limitação externa deve ser justificada na proporção da densidade do impacto normativo. Isto é, quanto mais forte a restrição de liberdade constante de uma sanção, mais completa deve ser a justificação. Considerando que tal justificação não é feita *a priori*, pela ausência ou insuficiência de mecanismos legisprudenciais, o mandado de segurança torna-se então o último recurso disponível para que se assegure, ao menos, *in casu*, o direito individual do parlamentar de ser ouvido pelo Supremo Tribunal Federal.

Em que pese na atualidade o mandado de segurança padecer de uma *excessiva banalização*, em casos nos quais não se justifica sua impetração, por outro lado, no contexto de um Estado Democrático de Direito, configura-se como um instrumento *harmonioso* e *aperfeiçoado* que garante a liberdade individual, sobretudo contra o arbítrio do poder governamental.⁸⁵⁷

Uma questão ainda paira no que concerne ao *objeto* do mandado de segurança. A Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal dispõe que “não cabe mandado de segurança contra lei em tese.”⁸⁵⁸ *Prima facie*, há que se compreender o sentido de *lei em tese*, no

⁸⁵⁶ WINTGENS, Luc J. Legisprudence as a New Theory of Legislation. In: Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, 2006, p.9.

⁸⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnaldo. MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 175.

⁸⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 266**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=266.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

contexto pátrio. O conteúdo da referida expressão indica uma lei que ainda não incidiu no mundo dos fatos. Sua existência está ainda no campo da abstração, da cogitação. Assim não foi até aquele momento aplicada para as realidades concretas para as quais foi editada.⁸⁵⁹ Para Hugo de Brito Machado, “diz-se que a interpretação é dirigida contra lei em tese precisamente porque, incorre o suporte fático da lei questionada”.⁸⁶⁰ Referido sentido é fortemente utilizado em matéria tributária para efeito de diferenciação entre mandado de segurança para impugnação de ato normativo em tese - o que é vedado pelo STF, consoante a súmula em questão - e, a espécie de mandado de segurança preventivo conforme previsto no art. 1º da lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.⁸⁶¹

Todavia, lei em tese pode indicar também a característica de abstração da lei que não foi pensada para um caso concreto específico e assim não afetaria apenas um ou grupos de indivíduos de forma imediata. Assim *lei em tese*, como norma abstrata de conduta não é atacável pela via do mandado de segurança, uma vez que por si só não lesa direito específico. Em regra, “necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto

⁸⁵⁹ TAVARES, André Ramos. **Manual do novo mandado de segurança**: Lei 12.016/2009. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 126.

⁸⁶⁰ MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. São Paulo: RT, 1995, p. 269.

⁸⁶¹ A doutrina em matéria tributária, atenta à ampla utilização do MS, tratou de pacificar a distinção entre o mandado de segurança contra lei em tese e o mandado de segurança preventivo. Em síntese, o mandado de segurança é preventivo porque destinado a evitar a lesão ao direito. Pressupõe a existência de situação concreta na qual o impetrante tem o justo receio de vir a sofrer violação de um direito líquido e certo por parte de autoridade. Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Mandado de segurança preventivo e decadência do direito de impetração. Revista dialética de direito tributário. São Paulo, Oliveira Rocha, 2002. Um exemplo prático, suponha-se que alguém assine contrato de fornecimento de mercadoria. Suponha-se, ainda, que o imposto de circulação de mercadoria e serviços (ICMS) tenha sofrido uma majoração da alíquota, e que a lei pretenda, de maneira inconstitucional, sua aplicação para o próprio ano em curso. Constata-se que já houve um ato do qual decorrerá, inexoravelmente, salvo algum imprevisto, o fato imponível, o suporte fático da norma, que é a transferência da mercadoria, e que faz nascer a obrigação do impetrante, legalmente imposta, de recolher o tributo majorado. Cabível é, pois, o mandado de segurança preventivo. É que o princípio da anterioridade faz parte do denominado estatuto do contribuinte, sendo considerado um direito que a todos beneficia. O que não se admitirá é a impetração com base em direito ainda não suportado pela realidade concreta, v.g., aquele que suspeita possa vir a realizar operação naquele Estado que exige pagamento inconstitucional de ICMS. O direito (*rectus*, os fatos que a norma jurídica estabelece como aptos a gerar o direito) tem que ser líquido e certo. Cf.. TAVARES, André Ramos. **Manual do novo mandado de segurança**: Lei 12.016/2009. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 129. Ainda, cf. artigo 1º da Lei 12.016/2009: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.” BRASIL. **Lei nº 12.016**, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.

para se expor à impetração, mas nada impede que na sua execução venha a ser declarada inconstitucional pela via do *mandamus*.”⁸⁶²

Em verdade, compulsando a origem jurídica da Súmula 266 do STF, verifica-se que esta foi criada na Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963. Ainda sob a égide da Constituição Federal de 1946, que previu no § 24 do art. 141, a concessão do mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual fosse a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.⁸⁶³ E, também de acordo com a redação original da Lei 1.533/1951 em seu parágrafo 1º do artigo 1º.⁸⁶⁴ O contexto histórico de surgimento da Súmula também é importante para compreender seu conteúdo. E, referida criação remete às origens do *golpe militar de 1964*, conforme aponta o arquivo de um jornal de grande circulação:

“Na madrugada de 12 de setembro de 1963, Brasília foi isolada do resto do país. Telefones cortados, aeroporto ocupado, prédios públicos tomados e os acessos a rodovias federais bloqueados. A capital estava sitiada pela ação de 630 sargentos, cabos e soldados da Marinha e da Aeronáutica. Num ato ousado, o grupo ainda prendeu dezenas de oficiais e autoridades civis, como um ministro do Supremo Tribunal Federal e até o presidente interino da Câmara, deputado Clovis Mota (PSD-RN). O episódio ficou conhecido como “Levante de Brasília”, nos meses conturbados que antecederam o golpe militar. [...] O cenário era de guerra em Brasília. Os sargentos estavam armados, usavam carros e buscavam oficiais nas vilas militares para detê-los. A razão da revolta foi uma decisão do STF, que negou o direito a elegibilidade dos praças. O ministro Vítor Nunes Leal, do STF, estava entre os presos. Os insurgentes ocuparam o Departamento de Telefones e deixaram Brasília sem comunicação.”⁸⁶⁵

⁸⁶² “No julgamento do MS 25.962, o Tribunal Pleno do STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 98 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça/CNJ, que previa ciência ficta no processo administrativo”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 25.962-1/DF**, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 20.03.2009. MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnoldo. MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 39-40.

⁸⁶³ BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946.

⁸⁶⁴ “Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrer-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. § 1º Consideram-se autoridade para os efeitos desta lei os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entende com essas funções”. BRASIL. **Lei nº 1.533**, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Revogado pela Lei nº 12.016, de 2009.

⁸⁶⁵ ÉBOLI, Evandro. **Arquivo conta o dia de 1963 em que 630 militares sitiaram Brasília: Grupo ocupou aeroporto, bloqueou estradas e prendeu autoridades**. Jornal: O Globo. Infogloblo Comunicação e Participações

A Revolta dos Sargentos ou o *levante de Brasília* ocorrido em 12 de setembro de 1963, foi uma rebelião promovida por cabos, sargentos e suboficiais, sobretudo da Força Aérea e da Marinha do Brasil, motivada, sobretudo pela decisão do Supremo Tribunal Federal de reafirmar a inelegibilidade dos praças para os órgãos do Poder Legislativo, conforme interpretação dada à Constituição de 1946.⁸⁶⁶ Com efeito, as eleições legislativas de 1962 suscitou a “questão da elegibilidade dos sargentos”. E, nesse contexto, o caso do sargento Aimoré Zoch Cavalheiro ilustra a questão.

Tendo impetrado mandado de segurança junto ao TSE, obteve liminar para o registro de sua candidatura pelo PTB, chegando a disputar o pleito e ser eleito deputado estadual, tendo obtido a 32ª colocação entre os 55 eleitos. Contudo, não foi diplomado e recorreu da decisão do TSE ao STF, que a 11 de setembro de 63 denegou seu recurso, confirmando a inelegibilidade. Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao confirmar a decisão da justiça eleitoral, reafirmou o entendimento quanto a inelegibilidade dos sargentos para os órgãos do Poder Legislativo, conforme previa a Constituição de 1946. De fato, verifica-se que a disputa jurídica pela elegibilidade foi o principal motor da revolta dos sargentos ocorrida um dia após a decisão do STF. Como resultado, o movimento transbordava dos limites estreitos da questão corporativa e ganhava as ruas. O levante de Brasília, assim, teria *pavimentado a estrada* que, seis meses depois, levaria à derrubada do governo constitucional de Goulart.⁸⁶⁷

S.A. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/arquivo-conta-dia-de-1963-em-que-630-militares-sitiaram-brasilia-7794059>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

⁸⁶⁶ A Constituição do Estados Unidos do Brasil de 1946, em seus artigos 132 e seguintes que disciplinavam sobre as condições de elegibilidade e inelegibilidade, restringia aos chamados graduados das forças armadas (sargentos, suboficiais e cabos), o exercício de mandato parlamentar na esfera municipal, estadual ou federal. Assim, consoante o texto original da Constituição: “Art 132 - Não podem alistar-se eleitores: I - os analfabetos; II - os que não saibam exprimir-se na língua nacional; III - os que estejam privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos. Parágrafo único - Também não podem alistar-se eleitores as praças de pré, salvo os aspirantes a oficial, os suboficiais, os subtenentes, os sargentos e os alunos das escolas militares de ensino superior. [...] Art 138 - São inelegíveis os inalistáveis e os mencionados no parágrafo único do art. 132. BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946.

⁸⁶⁷ “[...] De todo modo, nos vários contatos entre os sublevados e os oficiais — e mesmo no interior do círculo dos graduados — quando da eclosão do levante, seu objetivo era explicitado como um protesto, de âmbito nacional, dos sargentos das Forças Armadas, pela decisão do STF, na tarde anterior, contrária à sua elegibilidade. Com o evoluir das ações, tal objetivo seria mais e mais questionado, tanto pelos oficiais presos quanto por alguns graduados sublevados, diante do sentido de certas medidas adotadas e da própria exposição que Prestes faria, durante a madrugada, na Base Aérea. [...] A chegada do Ministro Victor Nunes Leal ao

Em linhas gerais, esse foi o contexto de criação da Súmula 266/63. O próprio Ministro Victor Nunes Leal expressa seu posicionamento quanto à sua aplicação, tendo por parâmetro a Carta de 1946, *in litteris*:

“[...] Parece-nos que o não cabimento de mandado de segurança contra lei em tese não se funda na maior ou menor extensão dessa medida excepcional. [...] Essa limitação, operante em relação a qualquer processo judicial, não importa de que rito, resulta da própria natureza da função jurisdicional. Os órgãos judiciários, na sua atribuição peculiar, julgam em espécie e só excepcionalmente desempenham funções de caráter normativo. [...] O caráter casuísta ou individual dos pronunciamentos judiciais, em virtude do qual não podem invalidar de modo genérico as leis e os regulamentos, não impede, porém, que o judiciário fundamente sua decisão, sobre fato determinado, na declaração de inconstitucionalidade da lei. E isso é perfeitamente admissível em mandado de segurança, como em qualquer outro processo, pois o ato impugnado não pode prevalecer, quando se arrime em lei inconstitucional.”⁸⁶⁸

Assim, considerando a autonomia do Poder Judiciário e o papel da Jurisdição como força evolutiva do direito, questiona-se: ainda subsistem as circunstâncias fáticas quando do surgimento da referida Súmula?

Marinoni, a partir de estudos de aproximação, ou mesmo confluências dos mecanismos constitucionais presentes no modelo de *Common Law* e *Civil Law*, observa que a revogação de um precedente depende, sobretudo, da perda da congruência social e o surgimento de inconsistência sistêmica. Já a permanência do precedente se justifica basicamente em razões de estabilidade e prevenção contra *surpresas injustas*. Assim, proposições de ordem moral, política e de experiências ancoradas no seio da sociedade,

Cassino dos Oficiais na Base Aérea, por volta das 10:00 horas do dia 12, causou uma violenta reação dos oficiais que lá se encontravam presos. O sargento Edgar Alves Maia, no comando da Base durante a ausência de Prestes, ainda procurou contactar o líder da sublevação, sem, no entanto, nada conseguir. Decidiu pela libertação imediata do Ministro, que dali se retirou em companhia do Sub-Chefe da Casa Civil, Sr. Frank May, que o acompanhara desde a detenção no cruzamento do aeroporto. Em sessão especial do STF, em desagravo àquela prisão, o Ministro Nunes Leal faria constar de sua exposição o fato de que durante sua presença na Base não houve qualquer manifestação de hostilidade nem a si nem aos demais prisioneiros.” PARUCKER, Paulo Eduardo Castello. **Praças em pé de guerra: O movimento político dos subalternos militares no Brasil, 1961-1964**. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense (dissertação), 200, p. 55-56; 103-124. Ainda: LAMARÃO, Sérgio. **A revolta dos sargentos**. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/AConjunturaRadicalizacao/A_revolta_dos_sargentos>. Acesso em: 18 jun. 2014.

⁸⁶⁸ LEAL, Victor Nunes. Questões Pertinentes ao mandado de segurança. In **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 447-449. (originalmente publicado em janeiro de 1948).

associadas à falta de consistência do precedente, constituem critérios básicos para o *overruling*, isto é, a anulação de um precedente pelo próprio órgão jurisdicional que o estabeleceu.⁸⁶⁹ Para Bustamante o *overruling* não se refere a um simples problema de aplicação do precedente judicial. Em outras palavras, referida técnica não se contenta com a não ocorrência de suas consequências diante de um caso concreto. O *overruling* vai mais além, por caracterizar uma espécie de *ab-rogação* da própria norma escrita como precedente. Assim, “o *overruling* apresenta-se como resultado de um discurso de justificação em que resulta infirmada a própria validade da regra antes de visualizada como correta.”⁸⁷⁰

Frise-se que o *overruling* é uma espécie do gênero dos denominados *casos de afastamento* de uma regra jurisprudencial (*judicial departures*). Em espécie, há ainda a possibilidade de *distinguishing*. Esta técnica jurídica representa a distinção entre subordinar, ou não, o caso *sub judice* a um precedente. O *distinguishing* revela as diferenças fáticas entre casos ou ainda, a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso em julgamento, uma vez que os fatos de um e outro são diversos. Contudo, ao aplicar o *distinguishing*, o magistrado deve agir com cautela e prudência e a partir de critérios coerentes. A não adoção do precedente, não significa que o precedente constitui *bad law*, mas somente, *inapplicable law*. O magistrado realiza o *distinguishing* por entender que, seguindo o precedente, estará proferindo decisão inadequada.⁸⁷¹ Assim, verifica-se que o *distinguishing* possui uma finalidade distinta do *overruling*. Aquele mantém o precedente, mas não o aplica ao caso *sub judice*. Já o *overruling*, em vista da transformação dos valores da sociedade e da própria concepção geral do direito, parte do fundamento de que o

⁸⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 391 e 399. A toda evidência, a prática jurisdicional brasileira pautada no modelo Romano Germânico é distinta da prática norte americana e de outros países do Common Law, a começar por exemplo, com o conceito de precedente, *ratio decidendi*, dentre outros. E, *in casu*, há que se reconhecer que os Tribunais Superiores brasileiros revisam suas súmulas com maior frequência. Contudo, há pontos de aproximação e diálogos doutrinário como, *mutatis mutandis*, a proposta de *overruling*.

⁸⁷⁰ “As situações que dão ocasião ao *overruling* costumam variar, em cada sistema jurídico, em que função dos fatores institucionais e extrainstitucionais que influem sobre a força do precedente judicial”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388.

⁸⁷¹ Ressalta-se que o *distinguishing* diante de súmulas já foi objeto de aplicação no Supremo Tribunal, a título ilustrativo, por ocasião do julgamento pelo Pleno, do HC 85.185/SP de relatoria do Min. Cezar Peluzo. DJ 01.09.2006. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 325-32; 352.

precedente não deve mais ser mantido.⁸⁷² Em razão do julgamento do HC 85.185-1/SP, o Ministro Pertence recordou as lições do então Ministro Victor Nunes para quem, quando o tribunal discute se determinada súmula merece interpretação ampliativa ou restritiva, ela já não cumpre seu papel que é o de encerrar discussões.⁸⁷³

Com efeito, a manutenção da Súmula 266/63 do STF, parece não coadunar com a evolução dos fatores sociais e não mais responde às necessidades para as quais foi criada, distanciando de uma ordem jurídica constitucional pautada nos princípios do Estado Democrático de Direito, dentre eles, a própria guarda da Constituição. *In casu*, verifica-se a possibilidade de aplicação da técnica de *overruling* e o consequente cancelamento da súmula. Contudo, para se evitar o uso político do mandado de segurança, há que se consolidar o entendimento sobre o uso excepcional do mandado de segurança contra projeto de emenda constitucional que ofenda cláusula pétrea e projeto de lei que atente contra os direitos das minorias. Outra solução razoável para a dinâmica jurisdicional é a aplicação do *distinguishing* para os casos que compõem o objeto de análise da tese, uma vez que, *prima facie*, não se amoldam ao conteúdo da Súmula 266/63.

Diante dessa constatação, há que se refletir sobre a utilização do mandado de segurança como instrumento de controle preventivo de constitucionalidade. Contudo, cumpre recordar que à época da aprovação da Súmula 266/63 não havia a incidência do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil que só foi introduzido pela Emenda Constitucional n.º 16 em 1965. Naquela circunstância, sem a previsão constitucional, seria impróprio admitir mecanismos implícitos de controle abstrato das leis. Em outras palavras uma ação constitucional proponível individualmente, como o *mandamus*, não seria suficiente para controlar as leis em abstrato.⁸⁷⁴

Bandeira de Mello entende que o mandado de segurança não é um instrumento de reparação de dano. Mas, sim uma garantia de resguardo e *amparo* ao direito. Assim, remontando a natureza jurídica do *writ*, é possível afirmar que se trata de um instrumento

⁸⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 325-32; 360.

⁸⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **HC 85.185/SP**, Rel. Min. Cezar Peluzo. DJ 01.09.2006

⁸⁷⁴ TAVARES, André Ramos. **Manual do novo mandado de segurança**: Lei 12.016/2009. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 115.

de proteção contra a violação do direito. Nesse sentido, ainda que não houvesse na ordem jurídica a alusão ao mandado de segurança preventivo, a própria índole do *writ* seria suficiente para se depreender que a ação é uma garantia cabível ao *exercício* do direito de proteção.⁸⁷⁵ Para Theodoro Júnior, o mandado de segurança por se tratar de *remédio constitucional* de natureza processual, não pode haver dúvida de que a ação de segurança não se restringe ao exame e declaração de simples textos legais. De sorte que o Poder Judiciário não funciona diretamente como órgão consultivo para interpretar, pura e simplesmente, a vontade da lei. Sua tarefa é compor litígios. E é para pacificar os conflitos que interpreta a lei aplicável, mas sempre em função de fazer atuar, *in concreto*, a norma legal.⁸⁷⁶ O problema de admitir o mandado de segurança como instrumento de controle preventivo de constitucionalidade começa com a terminologia comum adotada, qual seja, *remédio constitucional*. Em outras palavras, transmite a falsa ideia de um recurso utilizado para combater um mal que já se instalou. Todavia, o intuito da segurança é obter uma ordem para assegurar a previsibilidade de um direito. Na concepção de Tavares, “dizer que a constituição estrutura o ápice de um sistema jurídico não quer dizer que lá figure de maneira ornamental. Pelo contrário, por meio dessa afirmação, confere-lhe força suficiente para imperar soberana dentro do sistema jurídico nacional.”⁸⁷⁷ Para Tavares, na atualidade, o verdadeiro motivo para a aversão ao mandado de segurança contra lei repousa na confusão “entre questionar a lei (que foi certamente editada para incidir) e questionar lei em tese (sem referência a um caso concreto específico).” Para essa última hipótese, há a previsão constitucional das ações de inconstitucionalidade (genérica e por omissão) e da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, cuja competência é do STF, em sede de controle abstrato.⁸⁷⁸

⁸⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ato coator. In FERRAZ, Sérgio (Org.). **Mandado de segurança**. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 32-34.

⁸⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O mandado de segurança preventivo e a lei em tese. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandados de segurança e de injunção**: estudos de direito processual constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 291-298: p.295.

⁸⁷⁷ TAVARES, André Ramos. **Manual do novo mandado de segurança**: Lei 12.016/2009. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 112.

⁸⁷⁸ TAVARES, André Ramos. **Manual do novo mandado de segurança**: Lei 12.016/2009. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 127-128.

A esse respeito, é possível concluir a que essência da vedação subsiste em razão do controle abstrato de constitucionalidade pela via do mandado de segurança. Assim, não há possibilidade de análise de constitucionalidade *material* da proposição. Contudo, em se tratando de controle *formal* de constitucionalidade, no que concerne ao trâmite legislativo, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite uma exceção ao conhecer o *mandamus* nos casos de processamento de propostas de emenda à constituição que ferem limitações estabelecidas no art. 60 da Constituição Federal. Assim, dada a sua relevância jurídica e política, o Tribunal considera que os parlamentares possuem direitos líquido e certo à higidez do processo legislativo.⁸⁷⁹ Contudo, o problema maior está na impetração do mandado de segurança no *iter* do procedimento legislativo para a formação de leis ordinárias que atentem contra a ordem jurídica- constitucional. Essa temática é tratada no tópico a seguir, a partir da análise de casos concretos.

4.2 A deliberação de proposta de emenda constitucional que viole cláusula pétrea

“[...] Conforme vinha sendo objetivamente previsto pelos autores, ao contrário da presunção desta colenda Corte, o Congresso Nacional deliberou, ao arrepio da Constituição, em pouco mais de 48 (quarenta e oito) horas, sobre proposta tendente a abolir a República e a Federação. Hoje encontramos-nos todos, Supremo Tribunal Federal e Impetrantes, diante de um fato consumado. Diante da violência perpetrada. Frente a um abuso de poder inconstitucional e impune. Frente a uma ilegalidade com foro de definitiva e com timbre da irreversibilidade, porque ainda que venha o Poder Judiciário, no futuro e por ação própria, o que se requererá oportunamente, declarar a inconstitucionalidade da medida prorrogacionista, não haverá reparo possível para o constrangimento à prática de ato ilegal de que foram vítimas os impetrantes, como atingidas foram a República e a Federação. Todos nós estamos ‘numa cumeada eminente da história e trabalhando para o porvir,’ no dizer de Rui, sem podermos agora dissipar a ‘cerração dos maus dias’, posto que

⁸⁷⁹ DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 395.

órgãos de tutela jurídica e, jungidos pelos fatos, quedamo-nos, circunvalados, ao pé do altar da justiça, em busca de seus direitos”.⁸⁸⁰

O primeiro estudo de caso refere-se ao cabimento de mandado de segurança preventivo para a defesa do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo veiculador de proposição tendente a abolir cláusulas pétreas. Trata-se do mandado de segurança - MS 20.257/DF, de relatoria do Ministro Décio Miranda, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 08 de outubro de 1980, ainda sob a vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Foram impetrantes os Senadores Itamar Augusto Cautiero Franco e Antônio Mendes Canale, que requereram o mandado de segurança contra a mesa do Congresso Nacional, na pessoa de seu Presidente Senador Luiz Viana Filho, a fim de que fosse impedida a tramitação das Propostas de Emendas Constitucionais números 51 e 52/80, bem como da Emenda número 3 às referidas propostas.⁸⁸¹ A redação do acórdão do mencionado mandado de segurança ficou a cargo do Min. Moreira Alves, restando ementado nos seguintes termos:

“Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da república. Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato

⁸⁸⁰ Petição dos senadores impetrantes do MS (Itamar Franco e Antonio Mendes), dirigida ao relator do caso (Min. Décio Miranda), em virtude da aprovação da emenda constitucional objeto de insurgência. MS 20.257/DF, STF, Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves publicado no DJ em 27.02.1981. RTJ.

⁸⁸¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERA. **MS 20.257/DF**. Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves publicado no DJ em 27.02.1981. RTJ. O Acórdão se refere ao número das Propostas de Emenda à Constituição em trâmite no Congresso Nacional. Contudo, cumpre ressaltar que pelo número de ordem, a emenda constitucional fora aprovada como Emenda Constitucional nº 14, em 9 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc14-80.htm> Acesso em 15.02.2015.

de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fatos. Mandado de segurança indeferido.”⁸⁸²

Consta do Relatório que os impetrantes alegaram na inicial que as Emendas Constitucionais objetivavam a prorrogação, pelo prazo de dois anos dos mandatos dos prefeitos, vice-prefeitos e vereadores vigentes à época. Contudo referidas PECs não poderiam ser objeto de deliberação, conforme estava previsto no art. 47, §1º da Constituição da República de 1967, segundo o qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação e a República”.⁸⁸³ Referidas PECs foram aprovadas pela Comissão Mista do Congresso Nacional e de acordo com trâmite seriam submetidas à votação pelo Plenário. Ocorre que para os Senadores impetrantes, a proposta de extensão dos mandatos intentava, *ao arrepio da própria Constituição Federal*, substituir o regime republicano representativo e a autonomia municipal por outro que seria a antítese, no qual o povo não elegeria seus representantes locais. O pedido incluía a concessão liminar da ordem e o deferimento final do *writ*, sustando-se a tramitação das *indigitadas* Emendas, com que o Supremo Tribunal Federal poderia impedir que se consumasse a violação dos direitos líquidos e certos dos impetrantes e a perpetração da ofensa moral à República (que pressupõe a temporariedade dos mandatos eletivos) e à Federação (por não haver coincidência entre os mandatos em vários níveis da federação em flagrante ruptura com o princípio da simetria).⁸⁸⁴

O Ministro Décio Miranda, relator para o caso, indeferiu a liminar, o que ensejou Agravo Regimental (AgRg) dos impetrantes⁸⁸⁵. No bojo do Agravo Regimental, os Senadores agravantes asseveraram que o decurso do tempo concedido pela lei para o exame final da

⁸⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 20.257/DF**. Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves publicado no DJ em 27.02.1981. RTJ, p. 312.

⁸⁸³ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 14**, de 9 de setembro de 1980. Altera o Título das Disposições Gerais e Transitórias, estendendo os mandatos dos atuais Prefeitos, Vice-Prefeitos, Vereadores e Suplentes até 1983, imprimindo nova redação ao artigo 209. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm> Acesso em 15.02.2015.

⁸⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 20.257/DF**. Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves, publicado no DJ em 27.02.1981. RTJ

⁸⁸⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento Interno do STF** de 15 de outubro de 1980. Brasília: STF, 2012 “Art. 317 - Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte.” Regimento Interno do STF de 15 de outubro de 1980. DOU de 27-10-1980.

sentença, cotejado com aquele dentro do qual chegaria a Emenda ao Plenário do Congresso retiraria a possibilidade de eficácia em caso de concessão final da medida. O Plenário em decisão uniforme negou provimento ao AgRg.⁸⁸⁶

Nos autos principais do MS 20.257/DF, a Procuradoria Geral da República manifestou-se arguindo a inexistência do direito de deliberar. Por esse argumento, não há direito subjetivo de não deliberar. No caso, se há um direito, deveria haver também um dever, o que não ocorre no exercício do voto na esfera dos parlamentares em que o constrangimento a votar é mais político que jurídico. Alegou-se, ainda a impossibilidade jurídica do pedido, nesse sentido, *in litteris*:

“[...] O que postulam os ilustres autores da impetração é que o colendo Supremo Tribunal Federal intervenha no processo legislativo, a impedir a prática de atos de ofício, sem poderes para tanto. [...] Com efeito, submeter à deliberação do plenário do Congresso Nacional é ato de rotina, praticado de ofício, inerente às próprias funções da mesa do Senado Federal. Não ofende direito de ninguém. Não cria direito. Não é ato jurídico ilícito. Nem abusivo. Nem ilegal”.⁸⁸⁷

Em 17 de setembro de 1980, em razão da votação em plenário do MS, o ministro relator Décio Miranda apresentou um aditamento ao relatório e reascender um debate importante sobre ao momento oportuno para a impetração do mandado de segurança, tendo em vista, ao trâmite do processo legislativo.⁸⁸⁸ Referido problema fora enfrentado no agravo regimental, mas os ministros, acompanhado o voto do relator, entenderam que o elemento apresentado pelos agravantes, isto é, a ineficácia da medida, ante a possibilidade de votação em plenário, ainda não permitirá presumir que o impugnado ato de submissão à deliberação do Congresso, submissão que se faz em dois turnos, estaria completo antes do julgamento do mandado de segurança.⁸⁸⁹

⁸⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AgRg em MS 20.257-2/DF**. Pleno, Rel. Décio Miranda, publicado em 27.08.80. DJ em 31.10.80.

⁸⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 20.257/DF**. Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves, publicado no DJ em 27.02.1981. RTJ, p. 323.

⁸⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 20.257/DF**. Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves, publicado no DJ em 27.02.1981. RTJ, p. 324.

⁸⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AgRg em MS 20.257-2/DF**. Pleno, Rel. Décio Miranda, publicado em 27.08.80. DJ em 31.10.80.

Mas o que tudo indica o temor dos impetrantes de consolidou. Assim, em 9 de setembro de 1980, foi em segundo turno de discussão e votação aprovada a Emenda Constitucional objeto de impugnação.⁸⁹⁰ Consumado o fato impugnado, os impetrantes peticionaram no intuito de dar conhecimento ao relator que o pedido formulado na exordial encontrava-se prejudicado. Feito o aditamento ao relatório, na votação em plenário, entendeu o relator que, de fato, o pedido estaria prejudicado com a promulgação da emenda. Em suas palavras: “Certo falhou a minha previsão, exposta no voto proferido no agravo regimental, quanto à possibilidade de submeter-se este mandado de segurança a julgamento antes do último turno de discussão e votação da Emenda no CN”.⁸⁹¹ Contudo, o relator se convenceu que a própria data inicial da impetração (19.08.1980), o pedido já estava ultrapassado diante da possibilidade de qualquer atuação contra a Mesa do Congresso Nacional. Em outros termos, já havia se consolidado o controle político de constitucionalidade, uma vez que, consoante o regimento interno do Congresso Nacional na sessão de recebimento da proposta de emenda constitucional, o Presidente poderia rejeitar liminarmente a proposta que não atendesse o disposto no art. 47, §§1º e 2º da Constituição de 67/69.⁸⁹² No entendimento do ministro relator, infere-se daí que:

“[...] a partir daquele momento único, em que o presidente é dado rejeitar liminarmente a proposta por um ou outro dos motivos referidos, a possibilidade de sua rejeição, com fundamento neles, passa, como de resto parece crucial, ao próprio Congresso Nacional. Repito, uma vez ultrapassado aquele momento inicial, em que o Presidente pode rejeitar

⁸⁹⁰ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 14**, de 9 de setembro de 1980. Altera o Título das Disposições Gerais e Transitórias, estendendo os mandatos dos atuais Prefeitos, Vice-Prefeitos, Vereadores e Suplentes até 1983, imprimindo nova redação ao artigo 209 Assim, o artigo 209 passa a vigor reescrito nos termos infra: "Art. 209 - Os mandatos dos atuais Prefeitos, Vice-Prefeitos, Vereadores e seus Suplentes, estender-se-ão até 31 de janeiro de 1983, com exceção dos Prefeitos nomeados. Parágrafo único - As eleições para Prefeitos, Vice Prefeitos e Vereadores serão realizadas simultaneamente em todo o País, na mesma data das eleições gerais para Deputados." Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc14-80.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

⁸⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 20.257/DF**. Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves, publicado no DJ em 27.02.1981. RTJ, p. 325.

⁸⁹² BRASIL. Constituição (1967/1969). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 17 out. 1969 “Art. 47: § 1º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República. § 2º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em 15.02.2015. Cumpre ressaltar que a menção ao regimento interno do Congresso Nacional repousa no disposto no *caput* do art. 73, contudo, consoante a alteração no trâmite de emenda constitucional promovida pela Constituição de 1988, referido dispositivo encontra-se revogado.

liminarmente a proposta pelo motivo a que se refere os impetrantes, a pretensão de fazer com que sobre ela não haja deliberação só se pode dirigir contra o próprio Congresso Nacional, não mais contra a Mesa do Congresso”.⁸⁹³

Após esse excerto, o relator proferiu seu voto julgando prejudicado o mandado de segurança. Os demais votos ficaram assim definidos:

QUADRO 8: RESULTADO DO JULGAMENTO DO MS 20.257/DF, PELO PLENO EM 17.09.1980

Ministro	Principais Argumentos Síntese do voto
Min. Soares Muñoz	<ul style="list-style-type: none"> • “Entendo que a petição inicial se apresentava inepta, em face da ostensiva impossibilidade jurídica de pedir-se que o Supremo Tribunal intervenha no Congresso Nacional para impedir que este pratique ato de seu ofício”; • “Entendo que o mandado de segurança não está prejudicado, pois que, tendo o ato temido se consumado, o pedido de preventivo se transformou em desconstitutivo”; • “Insisto, no entanto, na impossibilidade jurídica do pedido”. • Voto: pelo indeferimento do MS.
Min. Cunha Peixoto	<ul style="list-style-type: none"> • Voto: “de acordo com o relator, julgo prejudicado pedido”.
Min. Xavier de Albuquerque	<ul style="list-style-type: none"> • “Parece-me que, se o tribunal considerasse não estar prejudicado o mandado de segurança, não deveria, data vênua, interpretar a petição dos impetrantes como pedido de desistência. É esse um ato de renúncia, que há de ser explícito.” • “Por isso, prefiro acompanhar o relator, especialmente quanto à primeira parte do seu voto, em que V.Exa., demonstrou que o pedido, preventivamente formulado contra a Mesa, foi feito quando já se exauria a única oportunidade que a Mesa teria para impedir a tramitação da proposta.” • Voto: “de acordo com o relator, julgo prejudicado o pedido”.
Min. Rafael Mayer	Voto: pelo indeferimento do MS.

Fonte: formulado pela autora a partir de MS 20.257/DF, STF Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves, publicado no DJ em 27.02.1981. RTJ, p. 328-332.

⁸⁹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 20.257/DF**. Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves, publicado no DJ em 27.02.1981. RTJ, p. 326-327.

Após a prolação dos referidos votos, o Min. Moreira Alves pediu vista dos autos. O julgamento foi retomado em 08 de outubro de 1980. Primeiramente, Alves em seu voto vista demonstra que, embora o advogado dos impetrantes tivesse poderes para desistir, era inequívoco que os impetrantes não visavam desistir da ação, mesmo porque mister seria a concordância da parte adversa. Os impetrantes pleiteavam, em verdade, obter do Tribunal o pronunciamento de que o pedido estaria prejudicado. Contudo, para Moreira Alves naquele caso não haveria como julgar prejudicado o pedido. Em verdade, nas palavras do relator para o acórdão:

“No § 1º do artigo 47 da Constituição Federal [de 1967/69], preceitua-se que: ‘Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República’. Objeto de deliberação significa, sem a menor dúvida, objeto de votação, porque é neste momento que se delibera a favor da emenda ou contra ela. Por outro lado, se a direção dos trabalhos do Congresso cabe ao Presidente do Senado; se este, pelo próprio Regimento Comum do Congresso Nacional (artigo 73), pode, liminarmente, rejeitar a proposta de emenda que não atenda ao disposto no artigo 47, § 1º, da Constituição (e quem tem poder de rejeição liminar o tem, igualmente, no curso do processo); e se a Constituição alude a objeto de deliberação (o que implica dizer que seu termo é o momento imediatamente anterior à votação), não há dúvida, a meu ver, de que, a qualquer tempo, antes da votação, pode a Presidência do Congresso, convencendo-se de que a proposta de emenda tende a abolir a Federação ou a República, rejeitá-la, ainda que não o tenha feito inicialmente. Cabível, portanto, no momento em que o presente mandado de segurança foi impetrado, sua impetração preventiva, uma vez que visava ele a impedir que a Presidência do Congresso colocasse em votação a proposta de emenda. Aprovada esta, o mandado de segurança –como tem entendido esta Corte – se transforma de preventivo em restaurador da legalidade.”⁸⁹⁴

Esse entendimento instauraria a tese à época de que o momento para a propositura do mandado de segurança, no que concerne ao trâmite do processo legislativo, não se exauria com o juízo de admissibilidade do presidente do Congresso Nacional. Contudo, com as alterações implementadas a partir da Constituição de 1988, na atualidade, a PEC conforme dispõe o artigo 202 do RICD, “será despachada pelo Presidente da Câmara à CCJC, que se pronunciará sobre sua admissibilidade, no prazo de cinco sessões, devolvendo-a à Mesa com o respectivo parecer.”⁸⁹⁵ Em verdade, voto do Ministro Moreira Alves abre

⁸⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 20.257/DF**. Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves, publicado no DJ em 27.02.1981. RTJ, p. 333-337.

⁸⁹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. “Art. 201. A Câmara apreciará proposta de emenda à Constituição: I - apresentada pela terça

caminho para entendimento de que o fundamento do *mandamus* encontra-se no direito subjetivo do parlamentar de não se submeter à votação de emenda constitucional violadora de princípios da própria constituição. Assim, o *writ* visa impedir que ocorra a votação em plenário. Ainda, sobre esse aspecto cumpre analisar o sentido da palavra *deliberação* já constante à época e repetida na atual Constituição em seu § 4º do art.60.⁸⁹⁶ Com efeito, não será objeto de deliberação, PEC tendente a abolir os denominados princípios constitucionais sensíveis. No contexto da Câmara dos Deputados, *deliberação* significa: “ação de deliberar; discussão para se estudar ou resolver um assunto, um problema, ou tomar uma decisão.”⁸⁹⁷ Especificamente no tocante às PECs, em linhas gerais, a Lei Maior não repele a tramitação de toda PEC capaz de afetar os valores e princípios constantes da cláusula pétrea, mas tão-somente de propostas de emendas tendente a suprimi-los, isto é, alterá-los substancialmente em seu conteúdo essencial.⁸⁹⁸ A reiterada crítica às cláusulas pétreas

parte, no mínimo, dos Deputados; pelo Senado Federal; pelo Presidente da República; ou por mais da metade das Assembléias Legislativas, manifestando-se cada uma pela maioria dos seus membros; II - desde que não se esteja na vigência de estado de defesa ou de estado de sítio e que não proponha a abolição da Federação, do voto direto, secreto, universal e periódico, da separação dos Poderes e dos direitos e garantias individuais. Art. 202. A proposta de emenda à Constituição será despachada pelo Presidente da Câmara à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que se pronunciará sobre sua admissibilidade, no prazo de cinco sessões, devolvendo-a à Mesa com o respectivo parecer. (“Caput” do artigo com redação adaptada à Resolução nº 20, de 2004), § 1º Se inadmitida a proposta, poderá o Autor, com o apoio de Líderes que representem, no mínimo, um terço dos Deputados, requerer a apreciação preliminar em Plenário. § 2º Admitida a proposta, o Presidente designará Comissão Especial para o exame do mérito da proposição, a qual terá o prazo de quarenta sessões, a partir de sua constituição para proferir parecer BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015. Ademais, a lei que disciplina o MS na atualidade (LEI Nº 12.016, DE 7 DE AGOSTO DE 2009), prevê como prazo geral, 120, consoante o disposto no “art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”.

⁸⁹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015 “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais..

⁸⁹⁷ Verbete “deliberação”, constante do glossário sobre processo legislativo. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/glossario/d.html>. Acesso em 15.02.2015.

⁸⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 250-254. Ainda, conforme voto prolatado pelo Min. Sepúlveda Pertence em sede de medida liminar na ADI n.º 2.024-2/DF: “As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 2024 / DF**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence Tribunal Pleno, Julgamento: 03.05.2007 . Publicação DJ 22.06.2007.

fundamenta-se na acusação de *impor aos vivos, o governo dos mortos*.⁸⁹⁹ Contudo, a considerar que nossa constituição de 1988 é *jovem*, não prospera esse juízo. Ainda, Ferreira Filho reitera que a proibição não alcança os textos tendentes à reequacionar o conteúdo enunciado nas cláusulas pétreas.⁹⁰⁰ Para Rocha Antunes, a Constituição não tem *dogmas*, tem *normas*. E, normas podem sofrer alterações dentro de limites pré-estabelecidos. À toda evidência, em suas palavras:

“Como a Constituição não tem natureza autodestrutiva, não se permite ela facilitar a sua própria extinção pelo desempenho ilimitado e motivado por emoções sociais ou por conveniências políticas de momento”. Não se oferece em sacrifício à desagregação do Direito que dela nasce e nela se fundamenta, embora não se pretenda empertigar até esclerosar o sistema e ver em desuso as suas normas. Daí os limites que possibilitem a segurança da reforma sem a intransponibilidade absoluta, mas também sem facilidade fatal.”⁹⁰¹

A considerar a natureza (garantia dos valores do Estado democrático de direito), as limitações (materiais implícitas e explícitas) e o alcance de proteção da cláusula pétrea (inibir a tentativa de *abolir* os princípios estruturantes) é possível concluir que a vedação pode incidir sobre a discussão e votação do texto inconstitucional ainda no âmbito das Comissões (CCJ e Comissão Especial) e, em último grau na votação pelo plenário (em cada um dos dois turnos). Por essa perspectiva, por *deliberações legislativas* atacáveis por mandado de segurança entendem-se as decisões das Comissões, do Plenário ou da própria Mesa da respectiva casa, desde que, ofensivas aos direitos individuais ou coletivos.⁹⁰² De certo, o controle de constitucionalidade “pode ocorrer mesmo antes da emenda ser votada, pela via do mandado de segurança reconhecendo-se legitimação exclusivamente ao congressistas.”⁹⁰³

⁸⁹⁹ Fonseca recorda que as cláusulas Pétreas “trazem consigo o DNA, a identidade genética da Constituição”. FONSECA, Edson Pires da. **Direito Constitucional Legislativo: Poder Legislativo, direito parlamentar e processo legislativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 291-292.

⁹⁰⁰ Filho. Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 316.

⁹⁰¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Revista de informação legislativa**, v. 30, n. 120, p. 159-186, out./dez. 1993, p. 172.

⁹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnaldo. MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 40.

⁹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 256.

Outra questão exposta no voto vista do Ministro Moreira Alves no *leading case* é o entendimento de que não cabe mandado de segurança contra lei em tese. Apesar de não haver citação da Súmula 266/63, é possível se depreender da leitura do voto:

“[...] Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu **conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional**. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. **A inconstitucionalidade, nesse caso**, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, **será da própria lei ou da própria emenda**, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra.”⁹⁰⁴ (grifos nossos)

Em sequência, Moreira Alves expõe o entendimento que continua a ser, desde então, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, no sentido de cabe mandado de segurança para os casos em que a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo. No excerto do voto:

“[...] **Diversa, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda**, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua apresentação (como na espécie). **Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição. E cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle da constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, está ele acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que se falar, a esse respeito, em independência de Poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga. Considero, portanto, cabível, em tese, o presente mandado de segurança”**.⁹⁰⁵

⁹⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 20.257/DF**. Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves, publicado no DJ em 27.02.1981. RTJ, p. 337.-338.

⁹⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 20.257/DF**. Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves, publicado no DJ em 27.02.1981. RTJ, p. 337-339.

O Ministro concluiu seu voto decidindo-se pelo cabimento do mandado de segurança, mas indeferindo-o por não vislumbrar caso de inconstitucionalidade formal. A decisão do plenário foi pelo indeferimento da segurança, restando vencidos os Ministros Décio Miranda (Relator), Cunha Peixoto e Xavier de Albuquerque que julgaram prejudicado o pedido.⁹⁰⁶

Referido caso, sobretudo a partir do voto vista do Ministro Moreira Alves destaca-se por introduzir um entendimento que é reiterado na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mesmo após o advento da Constituição de 1988. Assim, fixa-se o precedente para o cabimento do mandado de segurança como instrumento para a defesa do direito público subjetivo do parlamentar a não deliberar sobre proposta de emenda à constituição tendente a abolir cláusulas pétreas. Trata-se, *in casu*, de um direito líquido e certo do impetrante parlamentar de não ser compelido a deliberar sobre matéria vedada pela Constituição. Com efeito, por ocasião do voto em plenário do MS 32.033/DF, o Ministro Gilmar Mendes (relator para o caso) fez um histórico dos principais julgados nesse sentido, conforme demonstra o **quadro constante do Apêndice B: “Principais julgados em MS contra PEC”**.

Com efeito, os julgados colacionados acima demonstram a clara posição do Supremo Tribunal Federal quanto à legitimidade ativa e exclusiva do Parlamentar para a impetração de mandado de segurança.⁹⁰⁷ Ainda, verifica-se a natureza do *mandamus* como instrumento de controle prévio de constitucionalidade no que concerne à tramitação de proposições legislativas tendentes a abolir cláusulas pétreas, conforme dispõe o § 4º do art. 60 da CF/88. Verifica-se que se é pacífico o entendimento quanto ao devido processo legislativo relativo à PEC, o tema toma contornos de tensão no que concerne ao controle do processo legislativo ordinário. Esta é a tônica de análise do próximo tópico.

⁹⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 20.257/DF**. Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves, publicado no DJ em 27.02.1981. RTJ, p. 342.

⁹⁰⁷ Citam-se, ainda outros julgados do STF que admitem a legitimidade do parlamentar – e somente do parlamentar – para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo, a saber: MS 24.645/DF, Min. Celso de Mello, DJ de 15-9-2003; MS 24.593/DF, Min. Maurício Corrêa, DJ de 8-8-2003; MS 24.576/DF, Min. Ellen Gracie, DJ de 12-9-2003; MS 24.356/DF, Min. Carlos Velloso, DJ de 12-9-2003." (MS 24.667-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-12-2003, Plenário, DJ de 23-4-2004.) e MS 32.033, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, julgamento em 20-6-2013, Plenário, DJE de 18-2-2014.

4.3 O Mandado de Segurança e a proteção dos direitos das minorias parlamentares

“[...] Contudo, a concepção majoritária desconfia do escrutínio judicial, e os seus acólitos não acreditam que o poder judicial possa anular leis defendidas por uma maioria firme e informada: a pena de morte, por exemplo, ou a oração em escolas públicas [...]. Consideram que é controverso que uma maioria política deva ter o poder de adotar tal legislação. Mas sublinham que, dado que esta questão é controversa, a maioria deve poder decidi-la. Permitir que um pequeno grupo de juristas, que não podem ser afastados em qualquer eleição geral, decida essa questão fundamental de governação é contrário a todo sentido da democracia majoritária. No entanto, na concepção de parceria, este popular argumento é claramente circular. Pressupõe que uma maioria política tem autoridade moral para decidir questões controversas para todos; mas, nesta concepção, uma maioria só tem autoridade moral para decidir alguma coisa, se as instituições através das quais governa forem suficientemente legítimas. O escrutínio judicial é uma estratégia possível (e sublinho o fato de ser apenas uma possível) para reforçar a legitimidade de um governo – para proteger a independência ética de uma minoria, por exemplo – e, desse modo, reforçar o direito moral de uma minoria para impor a sua vontade em relação a outras questões.”⁹⁰⁸

Democracia é liceidade para o dissenso. Nesse sentido, reafirma-se a importância do Tribunal Constitucional como guardião do direito de oposição em garantia à própria essência da Constituição pautada inclusive pelo pluralismo político, conforme o dispõe o inc. V do art. 1.^a.⁹⁰⁹ Ao reconhecer a natureza do mandado de segurança como um instrumento que garanta a efetividade dos direitos individuais, coletivos e sociais contra o arbítrio do Poder Governamental e contra os abusos do poder de legislar é possível avançar na preservação do *espaço democrático-republicano* de decisão. A regra é a harmonia entre os Poderes que deve prevalecer quando se conceber o agir decisional em cada uma das funções

⁹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 392-393.

⁹⁰⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

do Estado como um exercício norteado pelos princípios da prudência e da razoabilidade. No que concerne à nomogênese da lei, soma-se ao agir decisional na busca por uma melhor qualidade da lei, os princípios da: i) princípio da alternatividade; ii) princípio da densidade normativa; iii) princípio da temporalidade e, iv) princípio da coerência.⁹¹⁰ Contudo, o trâmite de formação da lei pode ser um processo envolto às manobras casuísticas capazes de atentar contra as regras e os valores contidos no Estado Democrático de Direito. Diante desse cenário e, uma vez efetivamente demonstrada a ameaça de lesão, o mandado de segurança pode constituir um instrumento para se evitar a erosão democrática. Nesse sentido, a jurisdição constitucional como um freio republicano, está autorizada a exercer em caráter de absoluta excepcionalidade, o controle preventivo do trâmite do projeto de lei que ofenda Cláusula Pétrea. Reitera-se que o *writ* é reservado para situações excepcionálíssimas para a garantia pronta e rápida resposta ao exercício de direito por parte do parlamentar. Contudo, a tônica da questão repousa ainda no problema da extensão quando ao controle de constitucionalidade, isto é, se apenas recai sobre vícios formais (concernentes ao trâmite regular) ou também materiais (o próprio conteúdo do Projeto de Lei), conforme será analisado no estudo de caso a seguir exposto.

Em 23 de abril de 2013, restou impetrado, por um Senador da República, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Mandado de Segurança Preventivo nº 32.033, com pedido de medida liminar. O argumento que fundamentava a *causa petendi* consistiu na violação do devido processo legislativo quanto à tramitação do Projeto de Lei nº 4.470/2012, o qual se intentava estabelecer “que a migração partidária que ocorresse durante a legislatura, não importaria na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão.”⁹¹¹ Apontou-se como autoridades coatoras, os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em razão da votação, aprovação e envio do referido Projeto de Lei, *supostamente viciado*, ao plenário do Senado Federal, para posterior deliberação, o que poderia acontecer a qualquer momento pela inclusão do referido projeto de lei em pauta de votação. A relatoria desse remédio constitucional coube ao Ministro

910 WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation*. In: *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 2006, p.10.

911 CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 4.470/2012**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=556261>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

Gilmar Mendes que em sede de liminar deferiu a ordem ao fundamento de que haveria uma possível violação do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo inconstitucional. Referida decisão foi tomada, ainda, diante da ofensa aos direitos das minorias partidárias. Contudo, na votação pelo colegiado, por maioria, o Tribunal conheceu do mandado de segurança e, no mérito, o indeferiu, cassando a liminar concedida, sendo vencidos os Ministros Gilmar Mendes (relator), Celso de Mello e Dias Tóffoli que deferiam em parte o mandado de segurança.⁹¹² Os votos prolatados foram compilados e sintetizados conforme demonstra o “Apêndice C” do presente trabalho, intitulado: síntese dos votos no MS 32.033/DF. A redação da emenda do Acórdão, que ficou a cargo do Min. Teori Zavascki ficou assim redigida:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da

⁹¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 32.033/DF**, Rel. Min. Gilmar Mendes. Relator para o Acórdão, Min. Teori Zavascki, publicado no DJ em 18.02.2014.

suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido.”⁹¹³

O contexto nacional no qual foi impetrado o referido Mandado de Segurança demonstra circunstâncias políticas que repercutiram no processo de tomada de decisão para a formação da lei *sob judice*. A título ilustrativo cita-se a provável incidência na constituição de novos partidos políticos com indicação de candidatos à Presidência da República. Fato este que suscitou a preocupação da base governista e de seus aliados. Com efeito, o caso foi julgado em 20 de junho de 2013. Em 30 de outubro no mesmo ano foi publicada a Lei nº 12.875 proveniente do PL n. 4.470/2012. De certo, a evolução do processo eleitoral e o resultado das eleições de 2014 é por todos conhecidos, não cabe aqui fazer uma análise.

Na exordial do MS em tela, o impetrante alegou que, logo após o julgamento da ADI 4.430/DF que dispôs expressamente sobre o tema, qual seja, critérios de repartição do tempo de rádio e TV, houve a apresentação do mencionado PL, com disposições que colidiram com os termos da decisão do STF acerca da adequada interpretação de dispositivos constitucionais e legais.⁹¹⁴ Conforme alegado pelos impetrantes, o projeto de lei teve uma rápida tramitação com a adoção de regime de urgência na Câmara dos Deputados solicitado por partidos da base governista, “com o nítido objetivo de prejudicar a fusão e também a formação de novas agremiações partidárias de oposição”.⁹¹⁵

Na visão do impetrante, o trâmite do PL *sub judice* representava uma manobra legislativa *casuística* e *inconstitucional* da maioria parlamentar para obstacularizar a criação de novas agremiações partidárias, por meio de utilização inadequada do processo legislativo

⁹¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **MS 32.033/DF**, julgado pelo Plenário em 20. 06.2013, Rel. Min. Gilmar Mendes, Relator para o Acórdão, Min. Teori Zavascki, publicado no DJ em 18.02.2014, p. 1-3.

⁹¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADI 4.430/DF**, julgado pelo Plenário em 29.06.2012, Rel. Min. Dias Toffoli, publicado no DJE em 19.09.2013.

⁹¹⁵ Sobre o trâmite do PL ver:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=556261> e
http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112412.

como forma de sufocamento da mobilização de minorias parlamentares.⁹¹⁶ De certo, o *casuismo* ou *oportunismo* de *per si*, não é causa de inconstitucionalidade. Ele é *sintoma* que torna nítida a violação de princípios regimentais e constitucionais, estes sim, a causa da inconstitucionalidade.⁹¹⁷ O temor dos impetrantes e dos amigos da corte era que a eventual transformação da proposição em lei constituiria uma fraude objetiva ao princípio do governo da maioria e dos direitos das minorias, sobretudo por contribuir para a perpetuação de um único grupo político no poder, em flagrante desrespeito ao princípio republicano de alternância no poder.⁹¹⁸

Com feito, dispõe a Constituição da República de 1988, no *caput* art. 17 sobre a “liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, limitada essa liberdade à necessidade de resguardar os valores da soberania popular, do regime democrático, do pluripartidarismo e dos direitos fundamentais da pessoa humana”.⁹¹⁹ Da leitura do dispositivo subte-se que: i) que o pluralismo político na sua configuração constitucional permite a livre criação de partidos e; ii) que liberdade de criação só existe quando o desenvolvimento dos partidos seja viável. Assim, no entendimento dos impetrantes, restrições que tornem inviáveis os partidos políticos recém criados são inconstitucionais. “Não há pluripartidarismo, nem livre criação de partidos se os partidos recém criados já nascem fadados à extinção, por não terem chance de competir efetivamente nas suas primeiras eleições.”⁹²⁰

⁹¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **MS 32.033/DF**, julgado pelo Plenário em 20. 06.2013, Rel. Min. Gilmar Mendes, Relator para o Acórdão, Min. Teori Zavascki, publicado no DJ em 18.02.2014, p. 1-3.

⁹¹⁷ TELES FILHO, Eliardo França. Petição de manifestação como *amicus curiae* juntada aos autos do **MS 32.033/DF**.

⁹¹⁸ TELES FILHO, Eliardo França. Petição de manifestação como *amicus curiae* juntada aos autos do **MS 32.033/DF**.

⁹¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei. [...]§ 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.”.

⁹²⁰ “No direito brasileiro, a competitividade em igualdade de condições dos novos partidos políticos pressupõe acesso ao financiamento público e ao tempo de propaganda gratuita no rádio e na TV, nas mesmas condições dos partidos políticos antigos, quais sejam, participação no rateio do financiamento e do tempo de propaganda na proporção dos votos dos deputados federais que fundarem o novo partido. Sem isso, não há nem igualdade

In casu, a tramitação da proposição sob o regime de urgência, conforme argumentado pelos impetrantes, apresentava vício de inconstitucionalidade. Apontava-se que o Projeto de Lei 4.470 contava com dois artigos alterando três dispositivos das leis 9.096/95 e 9.504/97, Lei dos Partidos e Lei das Eleições, respectivamente. Os art. 29, § 6º, e 41-A, da Lei 9.096/95, possuíam a seguinte redação:

“Art. 29. Por decisão de seus órgãos nacionais de deliberação, dois ou mais partidos poderão fundir-se num só ou incorporar-se um ao outro. “§ 6º Havendo fusão ou incorporação de partidos, os votos obtidos por eles, na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, devem ser somados para efeito do funcionamento parlamentar, nos termos do art. 13, da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.”

“Art. 41-A. 5% (cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados”.⁹²¹

Com essa redação, a participação dos partidos no rateio dos 95% do fundo dependeria da representação que estes obtiveram nas últimas eleições. Todavia, conforme interpretação do Supremo Tribunal Federal veiculada na ADI 4.430/DF, referida distribuição dos recursos do fundo partidário não se aplicaria aos partidos criados, fundidos ou incorporados após as últimas eleições. E, a proposição do PL pretendia alterar as redações dos dois dispositivos, com o intuito para afastar a interpretação fixada pelo o STF.⁹²² Em linhas gerais, a partir da alteração criada pelo PL 4.470, os novos partidos não mais

de condições, nem democracia, sem falar no pluralismo.” TELES FILHO, Eliardo França. Petição de manifestação como *amicus curiae* juntada aos autos do **MS 32.033/DF**.

⁹²¹ BRASIL. **Lei nº 9.096**, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm>. Acesso em 28 fev. 2015.

⁹²² A nova redação passaria a ser assim: “Art.29 (...) § 6º Havendo fusão ou incorporação, devem ser somados exclusivamente os votos dos partidos fundidos ou incorporados, obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, para efeito da distribuição dos recursos do Fundo Partidário e do acesso gratuito ao rádio e à televisão.” “Art. 41-A. Do total do Fundo Partidário: I – 5% (cinco por cento) serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral; e II – 95% (noventa e cinco por cento) serão distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29.” PL 4470/2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=556261>.

entrariam no rateio dos 95% do fundo partidário, mas apenas nos 5% destinados aos partidos sem representação na Câmara dos Deputados. Além disso, para os partidos resultantes de fusão ou incorporação, a adesão de novos deputados não seria computada para a distribuição do Fundo Partidário ou do tempo de propaganda política.⁹²³

No que concerne a lei das eleições (Lei 9.504/97), o PL a alteraria ao inserir um §7º no seu art. 47, com o objetivo de modificar a interpretação dada ao §2º, II, da referida lei.⁹²⁴ Contudo, a proposição se mostraria diametralmente oposta às diretrizes definidas pelo STF na ADI 4.430/DF, que pacificava a temática apenas três meses antes da apresentação do PL, conforme consta do quadro comparativo a seguir demonstrado.

⁹²³ TELES FILHO, Eliardo França. Petição de manifestação como *amicus curiae* juntada aos autos do **MS 32.033/DF**.

⁹²⁴ Cumpre reiterar que com o indeferimento do MS e com a tramitação regular ao PL este converteu-se na Lei 12.875/2013. A redação atual da lei das eleições está da seguinte forma: “Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos quarenta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo. § 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013); I - 2/3 (dois terços) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram; (Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013); II - do restante, 1/3 (um terço) distribuído igualmente e 2/3 (dois terços) proporcionalmente ao número de representantes eleitos no pleito imediatamente anterior para a Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram. (Redação dada pela Lei nº 12.875, de 2013). BRASIL. LEI Nº 9.504, DE 30 DE SETEMBRO DE 1997 (Estabelece normas para as eleições).

QUADRO 9: COMPARATIVO ENTRE NORMAS E DECISÃO

Lei 9.504/97 redação original	PL 4.470/2012 apresentado em 19.09.2012.	Decisão do STF na ADI 4.430/DF, julgada em 29.06.2012
<p>Art. 47. As emissoras de rádio e de televisão e os canais de televisão por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, nos quarenta e cinco dias anteriores à antevéspera das eleições, horário destinado à divulgação, em rede, da propaganda eleitoral gratuita, na forma estabelecida neste artigo.</p> <p>(...)</p> <p>§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do parágrafo anterior, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato e representação na Câmara dos Deputados, observados os seguintes critérios:</p> <p>(...)</p> <p>II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.</p>	<p>§7º: Para efeito do disposto § 2º, II, serão desconsideradas as mudanças de filiação partidária, em quaisquer hipóteses, ressalvado o disposto no § 6º do art. 29 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.</p>	<p>a) declarar a inconstitucionalidade da expressão “e representação na Câmara dos Deputados” contida na cabeça do § 2º do art. 47 da Lei nº 9.504/97;</p> <p>b) dar interpretação conforme à Constituição Federal ao inciso II do § 2º do art. 47 da mesma lei, para assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda na sua criação.</p>

Fonte: formulado pela autora a partir de: Lei 9.504/97 em sua redação original; PL 4.470/2012 (apresentação em 19.09.2012) e STF, ADI 4.430/DF, julgado pelo Plenário em 29.06.2012, Rel. Min. Dias Toffoli, publicado no DJE em 19.09.2013.

Verifica-se que, com a decisão do STF garantiu-se que os partidos criados no curso de uma legislatura participassem, na proporção dos deputados que a ele aderiram, da distribuição do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão. Com efeito, durante a votação em plenário do MS em estudo, o Min. Dias Toffoli que foi o relator da ADI 4.430/DF, expressou seu posicionamento no debate, da seguinte forma:

“No caso, não há que se falar em interdição do debate parlamentar, porque, na verdade, aquelas críticas que foram feitas à decisão liminar, de que era uma intervenção em outro Poder etc., só podem ter sido feitas por aqueles que não leram o texto do projeto de lei aprovado pela Câmara dos

Deputados. Ou seja, **esse projeto de lei já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e é, na prática, uma rescisória da Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgada por essa Suprema Corte**, de nº 4.430. É disso que se trata aqui. Mesmo que o Senado aprove um outro texto, esse texto volta à Câmara, e a Câmara já aprovou um texto de chapada inconstitucionalidade. [...] **Ou seja, quem está invadindo a competência de outro Poder, na verdade, é o Legislativo, e não esta Corte.**⁹²⁵ (grifos nossos)

Ainda, quanto à temática, o Ministro Gilmar Mendes observa que:

“O efeito vinculante não atinge o Parlamento, ou não o afeta. Vejo que Vossa Excelência propôs, e a Corte adotou, uma interpretação conforme que acrescenta sentido àquela norma então estabelecida sobre a distribuição de tempo e tudo mais. Logo, é uma sentença de caráter aditivo. Aqui nós estamos falando de coisa julgada e nós estamos falando de eficácia *erga omnes*, portanto, de coisa julgada dotada de eficácia *erga omnes*. **Não tem como se dizer que o Congresso Nacional está livre para fazer o que quiser em relação a essa lei. Eu poderia até reformular o modelo, mas teria que observar determinados parâmetros – não no curso de uma legislatura –, suprimir o benefício que se reconhecia a um grupo ou dar a um grupo e suprimir em relação a outro.** Portanto, essa vinculação existe e decorre do próprio modelo, não é preciso ir além disso. É a própria coisa julgada com eficácia *erga omnes* que estabelece esta vinculação a partir de sua manifestação, da manifestação de Vossa Excelência.”⁹²⁶ (grifo nosso)

Em verdade, o debate sobre a intervenção entre os Poderes desvia a temática principal do problema que é a garantia e a unidade da Constituição na guarda dos direitos individuais e coletivos. Com efeito, na dinâmica democrática, no que concerne a elaboração de leis, a última palavra é confiada ao Congresso Nacional, sobretudo, em razão da representatividade. O problema maior está na qualidade das leis. O *desprestígio* da *normativa parlamentar* poderia ser atenuado pela utilização de técnicas da legística e dos princípios jurisprudenciais. Para Ferreira Filho, o *desprestígio da lei* decorre, sobretudo a partir de um quadro de competição partidária em que a maioria parlamentar procura editá-la sob influência de grupos de pressões que não estão preocupados com o *bem comum*, mas em *vantagens* específicas e até mesmo transitórias. A multiplicação das leis é uma consequência dessa prática, uma vez que não exprimindo um padrão de *justiça estável*, o

⁹²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 32.033/DF**, julgado pelo Plenário em 20. 06.2013, Rel. Min. Gilmar Mendes, Relator para o Acórdão, Min. Teori Zavascki, publicado no DJ em 18.02.2014, p. 161-162.

⁹²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 32.033/DF**, julgado pelo Plenário em 20. 06.2013, Rel. Min. Gilmar Mendes, Relator para o Acórdão, Min. Teori Zavascki, publicado no DJ em 18.02.2014, p. 202.

sistema serve a fins políticos em constante e frenética oscilação.⁹²⁷ De certo, o que deflagra um sentimento de insegurança perante a sociedade e à própria ordem jurídica é o *desprestígio de uma decisão judicial* por afetar diretamente o princípio republicano. Verifica-se que em razão do sistema de freios e contrapesos, a intervenção de um poder sobre o outro, realizada segundo os ditames do Estado Democrático de Direito representa uma prática possível. Isso não equivale a dizer que um poder se sobrepõe ao outro, mas que a Constituição se sobrepõe a todos. E, a considerar que a todos cabe o respeito aos valores e os princípios da Constituição, mas que cabe à função jurisdicional a guarda da Constituição no que tange à preservação do ordenamento jurídico contra leis atentatórias, ainda resta um certo temor quanto ao *desprestígio de uma decisão judicial*, mormente quanto ao controle de constitucionalidade.

Um segundo argumento apontado pelos impetrantes no MS 32033/DF, repousa no fato de que a tramitação do PL que converter-se-ia em Lei Ordinária ofenderia cláusula Pétrea, em virtude do esvaziamento do direito fundamental à livre criação de novos partidos e do pluralismo político. Para os impetrantes, na Constituição da República Brasileira de 1988, a defesa definitiva das minorias eleitorais contra o esmagamento pela maioria tomou a forma da proteção ao pluralismo político e ao pluripartidarismo. E, pela sistemática constitucional, o pluralismo político é um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do seu art. 1º, V. Assim, o pluralismo político, junto com os demais fundamentos da República, constitui-se em cláusula pétrea. Não sem razão a doutrina denomina aos cinco princípios constitucionais elencados no § 4º do art.60, em “*princípios republicanos*”.

Para José Afonso da Silva não se trata de cláusula pétrea implícita, mas de verdadeiro *princípio imodificável*, *verbis*: “Se a forma republicana constitui princípio constitucional que tem que ser assegurado, como admitir que emenda constitucional possa aboli-la?” Portanto, os princípios constitucionais destacados possuem a acepção de causa primeira, raiz, razão. Ou seja, eles são a própria razão ser da República Federativa do Brasil.

⁹²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2005.p .108-109.

O ataque a esses princípios é, em última instância, o ataque à República e, por conseguinte, ao Estado de Direito.⁹²⁸

Novamente há correspondência entre a necessidade de resguardar os *princípios republicanos* e o modelo legisprudencial defendido por Wintgens. Como foi dito anteriormente, “a atuação no âmbito legislativo traduz a um só tempo a ideia de liberdade e limitação”. Essa limitação poderia ser auto-imposta por meio de mecanismos que averiguassem a conformidade aos princípios da Legisprudência, bem como o uso das técnicas da Legística. Poderia ainda ser exercida por um conselho externo, como no caso da França. Também nesse caso os princípios da Legisprudência e as técnicas da Legística seriam utilizados.

A utilização de tais princípios e técnicas seria um instrumento para cumprir os requisitos de constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa constantes dos próprios regimentos internos das Casas Legislativas. Ademais, constituem-se também mecanismos para a prevenção de casos extremos de violação constitucional, como aqueles tendentes a abolir determinados princípios, como a própria Constituição Federal previne. Mais uma vez, na ausência de um instituto garantidor da aplicação sistemática dos princípios legisprudenciais, resta o recurso ao mandado de segurança.

Com efeito, a construção teórica foi se firmando, até o mandado de segurança tornar-se um autêntico remédio protetivo do direito de oposição, ou do direito das minorias, que se insere indiscutivelmente no princípio democrático. É o que se colhe, por exemplo, da firme jurisprudência do Tribunal quanto ao direito de oposição das minorias parlamentares para a instalação de CPIs.⁹²⁹ A título ilustrativo citam-se dois casos emblemáticos:⁹³⁰

⁹²⁸ Para José Afonso da Silva não se trata de cláusula pétrea implícita, mas de verdadeiro princípio imodificável, *verbis*: “Se a forma republicana constitui princípio constitucional que tem que ser assegurado, como admitir que emenda constitucional possa aboli-la? Os fundamentos que justificam a inclusão da República entre as cláusulas intangíveis continuam presentes na Constituição, que só os afastou por um momento, a fim de que o povo decidisse sobre ela [no Plebiscito realizado em 1993]. Como o povo o fez no sentido de sua preservação, todos aqueles fundamentos readquiriram plena eficácia de cláusulas intocáveis por via de emenda constitucional. Não se trata, no caso, de simples limitação implícita, mas de limitação que encontra no contexto constitucional seus fundamentos, tanto quanto o encontraria se a limitação fosse expressa”, in *Comentário Contextual à Constituição*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 450.

⁹²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 32.033/DF**, julgado pelo Plenário em 20. 06.2013, Rel. Min. Gilmar Mendes, Relator para o Acórdão, Min. Teori Zavascki, publicado no DJ em 18.02.2014, p. 106.

i) O julgamento do MS 24.831/DF, concedido pela maioria nos termos do voto do relator do Min. Celso de Mello, o que o Plenário assentou a impossibilidade de a maioria parlamentar frustrar, no âmbito do Congresso Nacional, o exercício, pelas minorias legislativas, do direito constitucional à investigação parlamentar. Por ocasião desse julgamento, o Ministro Celso de Mello, expôs em seu voto, *litteris*:

“A matéria ora submetida ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, Senhor Presidente, reveste-se de inquestionável relevância. A afirmação que ora faço apoia-se no reconhecimento de que existe, em nosso sistema políticojurídico, um verdadeiro **estatuto constitucional das minorias parlamentares**, o que deve **conduzir esta Suprema Corte a proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares**. Essa percepção do tema – que reconhece, no direito à efetiva instauração do inquérito parlamentar, uma garantia instrumental constitucionalmente atribuída às minorias legislativas, por efeito da imanência do direito de oposição em face do próprio modelo democrático de Estado que entre nós prevalece – encontra pleno suporte no mais autorizado magistério doutrinário [...]. Não se revela possível desconsiderar, por isso mesmo, a própria *ratio* subjacente ao preceito normativo inscrito no art. 58, § 3º, da Constituição, cujo fundamento políticojurídico - que deriva da necessidade de respeito incondicional às minorias parlamentares - atua como verdadeiro pressuposto de legitimação da ordem democrática, tal como adverte o próprio magistério da jurisprudência dos Tribunais [...]. Vê-se, daí, que a questão ora submetida ao julgamento desta Suprema Corte faz com que este Tribunal se defronte com um tema de extração iniludivelmente constitucional, eis que o reconhecimento do direito de oposição, de um lado, e a afirmação da necessidade de se assegurar, em nosso sistema jurídico, a proteção às minorias parlamentares, de outro, qualificam-se, na verdade, como fundamentos imprescindíveis à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito”.⁹³¹ (grifos nossos)

Ainda nesse mesmo julgado, o Ministro Celso de Mello afirmou que direito de oposição não pode ser reduzido a uma previsão meramente formal, mas também que se

⁹³⁰ Há uma série de julgados, mas destacam-se, ainda os seguintes: Em 1996, o Ministro Marco Aurélio de Mello concedeu liminar suspendendo o trâmite da Proposta de Emenda Constitucional 33-A/95, a Reforma da Previdência. A liminar havia sido requerida pelos deputados federais. Já em 1999, o Ministro Néri da Silveira reconheceu o cabimento do mandado de segurança impetrado por deputado federal solicitando a suspensão da PEC n. 01/88, que instituía a pena de morte no Brasil. Apesar do reconhecimento do cabimento, o pedido foi julgado prejudicado. Note-se que, nesses dois casos, os impetrantes eram membros da minoria parlamentar e encontraram na atuação da Corte Suprema a proteção a seu direito de oposição. Outras decisões reconheceram o cabimento do mandado de segurança para proteger direito líquido e certo do parlamentar, concedendo ou não a ordem ou medida liminar, citamos, ilustrativamente, o MS 24.642/DF, relator Ministro Carlos Velloso; o MS 26.441/DF, relator Ministro Celso de Mello; e o MS 22.442/DF, relator Ministro Sydney Sanches, MS 24.847/DF. rel. Min. Celso Melo e MS 24849/ DF, rel. Min. Celso de Mello.

⁹³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 24.831/DF**, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJ 4.8.2006.

deve garantir máxima efetividade através de instrumentos hábeis que possibilitem uma atuação condizente com o nosso sistema democrático. Em outras palavras, a partir de uma perspectiva pluralista, há que se primar pela existência e prática de um *necessário coeficiente de legitimidade jurídico democrática* ao regime político vigente em nosso País.⁹³²

ii) Conforme o entendimento fixado, ainda, por ocasião do julgamento do MS 26.441/DF em 2007, também de relatoria do Min. Celso Mello. Trata-se do caso comumente designado como *CPI do apagão aéreo*. Referida ação foi julgada por unanimidade de votos. A Emenda ficou assim redigida:

“Ementa: Mandado de segurança – questões preliminares rejeitadas – pretendida incognoscibilidade da ação mandamental, porque de natureza interna *corporis* do ato impugnado – possibilidade de controle jurisdicional dos atos de caráter político, sempre que suscitada questão de índole constitucional – o Mandado de segurança como processo documental e a noção de direito líquido e certo – necessidade de prova pré-constituída – configuração, na espécie, da liquidez dos fatos subjacentes à pretensão mandamental – Comissão Parlamentar de Inquérito- direito de oposição – Prerrogativa das minorias parlamentares – expressão do postulado democrático – Direito impregnado de estatura constitucional – instauração de inquérito parlamentar e de composição da respectiva CPI – impossibilidade de a maioria parlamentar frustrar, no âmbito de qualquer das casas do Congresso Nacional, o exercício, pelas minorias legislativas, do direito constitucional à investigação parlamentar (CF, art.58, §3º) – Mandado de segurança concedido.”⁹³³

Mais uma vez se reafirma que o regime democrático, analisado da perspectiva das delicadas relações entre os Poderes, autoriza a ação da jurisdição constitucional quando as instituições políticas do Estado falham em seus deveres de respeitar a Constituição e as leis. Vê-se daí que a intervenção do Poder Judiciário, na hipótese de lesão a direitos subjetivos amparados pelo ordenamento jurídico do Estado, reveste-se de plena legitimidade constitucional, “ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo, como se registra naquelas situações em que se atribuem à instância parlamentar, condutas alegadamente tipificadoras de *abuso de poder*.” Com efeito, o significado ontológico do postulado da divisão funcional do poder deriva de dois postulados principais: i) a necessidade de se conter os excessos dos órgãos que compõe o aparelho do

⁹³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 24.831/DF**, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJ 4.8.2006.

⁹³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 26.441/DF**, rel. Min. Celso de Mello. Pleno. DJe nº 237 de 18.12.2009.

Estado; ii) representa o princípio conservador e garantidos das liberdades individuais e coletivas. Assim quando o poder judiciário intervém para garantir a integridade e supremacia da Constituição desempenha, de maneira legítima, as atribuições conferidas pela Carta da República de 1988. Não há que se falar em transgressão do princípio da separação dos poderes.⁹³⁴

Fixado o entendimento predominante quanto ao estatuto das minorias parlamentares, resta ainda refletir sobre o trâmite de proposta de lei ordinária que ofenda cláusula pétrea. *Prima facie*, observa-se que os atos praticados por parlamentares na elaboração da lei, na votação de proposições ou na administração do Legislativo pertencem à categoria de atos de autoridade e podem ser objeto do *writ* desde que infrinjam a Constituição ou as normas regimentais e ofendam direitos ou prerrogativas do impetrante parlamentar. Contudo, a correição judicial não recai sobre a lei regularmente formada, em observância ao devido processo legal substancial, assim como os atos *interna corporis* do legislativo, assim compreendidos como aquelas deliberações do Plenário, das Comissões ou da Mesa que cuidam direta e exclusivamente das atribuições e prerrogativas da Corporação. Todavia, não se conclui daí que todo e qualquer ato desses órgãos constitua matéria *interna corporis* vedado à apreciação judicial.⁹³⁵ Cumpre recordar, ainda o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88.

Reitera-se, o entendimento que na configuração constitucional das cláusulas pétreas, o que fica impedido é a colocação em discussão e debate, o processamento e o andamento de uma proposição que viola o núcleo essencial da Constituição. Recorda-se, ainda a decisão do Supremo Tribunal Federal de 1980, “a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda”, “a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente.”⁹³⁶ Em linhas gerais, a configuração das limitações materiais e

⁹³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 26.441/DF**, rel. Min. Celso de Mello. Pleno. DJe nº 237 de 18.12.2009.

⁹³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnaldo. MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 35.

⁹³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 20.257/DF**, STF, Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves publicado no DJ em 27.02.1981. RTJ.

procedimentais ao poder constituinte derivado autoriza o uso do mandado de segurança no curso do trâmite legislativo de proposta de emenda à Constituição tendente a abolir cláusula pétrea. Com feito, se a questão sobre o trâmite da proposta de emenda pode ser levada para discussão no STF, com maior razão pode se estender o debate sobre um projeto de lei ao Poder Judiciário. “É que os limites materiais ao poder constituinte derivado devem, necessariamente, limitar o poder legislativo, caso contrário, autorizaríamos o legislador a alterar a Constituição por meio de norma ordinária.”⁹³⁷ Sobre esse aspecto cumpre recordar as lições do *chief-justice* Marshall no célebre *Marbury versus Madison*: “Ou a Constituição é direito superior, fundamental, imutável por via legislativa ordinária ou ela está no mesmo nível de atos legislativos comuns e é alterável sempre que a legislatura assim entender, como qualquer ato legislativo”.⁹³⁸ Sampaio recorda que “as limitações estabelecidas pelo constituinte para o legislador ordinário não passariam de meras recomendações que poderiam ser transgredidas impunemente”.⁹³⁹ Ainda, por ocasião do debate no MS 32033/DF, o Ministro Gilmar Mendes assim se manifestou, *verbis*:

“[...] É exatamente esse o ponto que se coloca, porque é disso que se cuida quando se trata de apresentar. E aí é indiferente, cuide de projeto de emenda, cuide de projeto de lei, por quê? Como eu disse ontem, é muito mais fácil a uma maioria poderosa aprovar projeto de lei que contraria cláusula pétrea do que aprovar a própria emenda constitucional, porque esta tem trâmites e dificuldades – nós vemos os incidentes que ocorrem hoje no próprio Supremo Tribunal Federal em torno do chamado interstício para fins de aprovação de primeiro e segundo turno. É só lembrar um exemplo histórico: Hitler só não modificou a Constituição de Weimar, fez por lei. A rigor, é disto que se cuida: é mais fácil fazer uma aberração por lei do que por emenda constitucional.”⁹⁴⁰

O alerta lançado pelo Ministro remete, mais uma vez, à importância dos princípios jurisprudenciais estudados no capítulo 2. Esses princípios acrescentam outra

⁹³⁷ TELES FILHO, Eliardo França. Petição de manifestação como *amicus curiae* juntada aos autos do MS 32.033/DF.

⁹³⁸ MADISON, James. Debates on the adoption of the Federal Constitution. In **the convention held at Philadelphia in 1787**: with a diary of the debates of the congress of the confederation. Philadelphia: J. B. Lippincott, 1891.

⁹³⁹ SAMPAIO, Nélson de Sousa. **O poder de reforma constitucional**. Bahia: Progresso Editora, 1954, p. 73.

⁹⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 32.033/DF, julgado pelo Plenário em 20. 06.2013, Rel. Min. Gilmar Mendes, Relator para o Acórdão, Min. Teori Zavascki, publicado no DJ em 18.02.2014.

racionalidade ao processo legislativo, a racionalidade prudencial. A racionalidade ‘estratégica’ já é inerente ao processo legislativo, visto que o Parlamento é uma arena de disputas políticas. No entanto, essas disputas, em um Estado Democrático de Direito, devem ser reguladas, sob pena de fazer ruir, desde dentro, o próprio edifício institucional, como ocorreu na República de Weimar. É certo que, no caso brasileiro, as Casas Legislativas dispõem de regulamentos próprios, que são seus Regimentos Internos, além do Regimento Comum. Mas acima desses regulamentos existe a própria Constituição Federal.

Analisando o caso da perspectiva Legisprudencial, fica claro que o projeto de lei (PL) fere o nível de coerência 2 do modelo proposto por Wintgens, uma vez que altera o sistema político *como um todo*, restringindo a igualdade de condições na competição partidária e, em última instância, afetando o *pluralismo político*, princípio fundamental constitucional. Ou seja, um ‘simples’ PL atinge a própria estrutura democrática representativa, fundamento de toda a ordem política e jurídica do país.

Cumprir reconhecer ainda que o julgamento em análise é importante também por inaugurar o entendimento quanto a admissão de *amicus curiae* em mandado de segurança.⁹⁴¹ Embora não há previsão expressa de participação de terceiros na qualidade de *amici curiae* em processos dessa natureza, a doutrina defende que “a admissão do *amicus curiae* não depende de expressa previsão legislativa. Ela decorre do sistema constitucional do processo civil”.⁹⁴² A Lei 9.868, de 1999 dispõe em seu art. 7º, §2º que: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.⁹⁴³ Verifica-se que o caso em tela abriga a

⁹⁴¹ Sabe-se que o litisconsórcio é admitido no mandado de segurança por expressa disposição do art. 24 da Lei 12.016/2009, que por sua vez remete aos artigos 46 a 49 do Código de Processo Civil. Quanto ao cabimento da assistência, o STF entende não ser permitido (MS 24.414-4/DF, Re. Cézar Peluso, RTJ 188/663). Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnoldo. MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 80.

⁹⁴² SCARPINELLA BUENO, Cassio. “Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*”. **Revista Nacional da Magistratura**. Ano II, n. 5. Brasília: Escola Nacional da Magistratura/Associação dos Magistrados Brasileiros, maio de 2008, páginas 132-138.

⁹⁴³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015 “Art. 7º: Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 1º (VETADO) § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. BRASIL, LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO

relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. E, como não há uma norma especificamente dedicada à disciplina da manifestação de *amici curiae* em mandado de segurança, o magistrado estaria autorizado a empregar a analogia para suprir a lacuna, nos termos do art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, tomando por modelo o procedimento previsto na Lei 9.868, de 1999.

In casu, publicada a decisão do Ministro Gilmar Mendes relativa à admissão dos *amicus curiae*, a Advocacia Geral da União de imediato, interpôs agravo regimental contra essa decisão. A questão foi apreciada, preliminarmente às sustentações orais em 05.06.2013. Assim, em decisão o Tribunal, por maioria, negou provimento ao agravo interposto pela União, restando vencidos os Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em síntese, o entendimento vencido sustentou a tese de que a instituição do *amicus curiae* é incompatível com o rito do mandado de segurança, porque este visa apenas à proteção ao direito individual. A maioria entendeu no sentido de que, embora não previsto, de forma expressa e irrestrita, o cabimento do amigo da corte em mandado de segurança, na hipótese examinada, a tramitação de um projeto de lei, constitui matéria de interesse público, o que demanda uma discussão ampla.⁹⁴⁴

Na verdade, o entendimento do STF é uma antecipação do poderá ser objeto de regulação pelo novo Código de Processo Civil. O Projeto pertinente, PL n.º 8046/2010 dispõe expressamente, conforme a redação final do art.138 aprovada pela Câmara dos Deputados e em apreciação no Senado, sobre a possibilidade de, “em qualquer causa, o juiz ou relator, considerando a relevância da matéria e especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, nomear, por decisão irrecorrível, *amicus curiae*”.⁹⁴⁵ Reconhece-se ainda, o exercício democrático de participação do amigo da corte no contexto de uma interpretação constitucional *aberta*.

DE 1999. (Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal).

⁹⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 32.033/DF**, julgado pelo Plenário em 20. 06.2013, Rel. Min. Gilmar Mendes, Relator para o Acórdão, Min. Teori Zavascki, publicado no DJ em 18.02.2014.

⁹⁴⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 8.046/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

Um último aspecto a ser analisado por ocasião do estudo quanto a temática abordada no julgamento do MS 32.033/DF é sobre o direito público subjetivo do parlamentar à correta observância da disciplina jurídico-constitucional que rege a formação da espécie normativa. Na lição deixada por Menezes Direito é recordado o entendimento de Celso de Melo, para quem o parlamentar:

“Fundado na sua condição de coparticipe no procedimento de elaboração das normas Estatais, dispõe da prerrogativa de impugnar o eventual descumprimento, pela instituição parlamentar, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam a validade jurídica. [...] É ao congressista e não ao cidadão comum que permite o direito subjetivo de não ver submetida à apreciação parlamentar proposta de emenda supostamente vulneradora do núcleo irreformável de nosso ordenamento constitucional.”⁹⁴⁶

De fato, o devido processo legal substantivo autoriza o controle judicial para a guarda da legalidade no processo de elaboração da lei. Alfredo Buzaid entende que o parlamentar na qualidade de representante do povo não tem, de *per si*, legitimidade para impetrar mandado de segurança para arguir a ilegalidade da votação, porque, nesse caso, o que impugna é a *lei em tese*. Com efeito, “terá legitimidade se a lei lhe feriu ou ameaça lesar direito individual próprio, que não se identifica com o de exigir a manifestação de determinado quórum na votação do projeto, não observado pelo corpo legislativo”.⁹⁴⁷ Cattoni questiona a coerência do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao sentido de *direito público subjetivo*, uma vez que o Parlamentar exerce *função pública* de representação jurídica. De qualquer forma, colocado em termos, o parlamentar tem o *dever* de observar as regras constitucionais, infraconstitucionais e regimentais relativas à nomogêneses da lei. Contudo, caso este dever não seja atendido em plenitude, o Parlamentar tem o *direito* de proteção contra a lesão ao seu direito individual. E, deparando-se com a infringência à ordem normativa, o representante possui a *faculdade* de acionar o “Poder Judiciário para anular a deliberação ilegal do Legislativo para que outra se produza de forma legal”.⁹⁴⁸

⁹⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 21.642-5/DF**, rel. Celso de Melo, publicado no DJ de 03.02.1993, RTJ 99/1031. Cf. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p 36.

⁹⁴⁷ BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**, Vol. I, Saraiva: São Paulo, 1989, p. 132.

⁹⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**, RT, São Paulo, 1990, p. 606.

Com efeito, diante da possibilidade da atuação do Poder Judiciário quando a inconstitucionalidade recai sobre o próprio andamento do processo legislativo, a legitimidade ativa *ad causam* fica restrita ao Parlamentar no exercício de um direito público subjetivo de não se submeter a processo legislativo eivado de vício. Contudo, uma questão que se levanta é o próprio sentido de representatividade.⁹⁴⁹ Em outras palavras, no que concerne ao entendimento de que em caso de propositura do MS está-se diante de uma possível violação do *direito público subjetivo do parlamentar* de não se submeter a processo legislativo inconstitucional, quando em verdade, o parlamentar age em função de um *mandato representativo*. Trata-se de uma garantia dos representados de não ter aprovada uma lei de flagrante inconstitucionalidade. Nesse sentido, a questão acerca da irregularidade e da inconstitucionalidade da tramitação de um PLO ou de uma PEC acaba sendo reduzida a interesse particular e exclusivo dos representantes, ao passo que, em última análise se trata de um problema afeto à *cidadania em geral*. Cattoni argumenta que o *rótulo de direito público subjetivo* pode levar a uma falsa ideia de uma representação individualmente considerada, contudo é necessariamente no exercício público, ou no mínimo coletivo ou partidário da representação que se impõe a garantia da defesa das *regras do jogo*.⁹⁵⁰

A interpretação ampliada de Cattoni, associada ao exercício público da representação pelo parlamentar, pode ser pensada desde o ponto de vista legisprudencial. O parlamentar impetra o MS a partir da violação de um direito subjetivo de não se submeter a processo legislativo inconstitucional. No entanto, enquanto detentor de um mandato representativo, ele invoca critérios de prudência em nome dos seus representados, uma vez que a continuidade do referido processo afronta a ordem constitucional. E é justamente essa ordem a garantia das liberdades individuais desses representados.

Em verdade, “o interesse na existência de sistema constitucional hígido, no qual a supremacia da Constituição não é monopólio de parcela da sociedade, mas de todos que

⁹⁴⁹ Para Menezes Direito, a “legitimidade ativa para impetrar a ordem de segurança não pode ficar confinada ao parlamentar, uma vez provado que a tramitação legislativa viola direito líquido e certo”. Assim, por exemplo, poderia um Governador de Estado impetrar MS perante ao Tribunal de Justiça para sustar a tramitação de determinado projeto de lei eivado de vício”. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37.

⁹⁵⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 232-234.

vivem sob a égide desse sistema normativo”.⁹⁵¹ A teoria da representação de Sartori, proveniente de uma área específica da ciência política, afirma que a *intentio* de ser das instituições representativas é unir os governantes e governados, de forma a garantir que aqueles que operam na *esfera publicista* se comportem de maneira como um mandatário deve-se comportar com relação ao mandante, cuidando não se seus interesses próprios, mas no mínimo, de interesses paroquiais.⁹⁵² O problema é que não há garantia de que a vontade dos eleitores seja seguida pelo eleito. Para Ataliba, a função dessa *ideologia* é esconder uma situação real, é manter a *ilusão* de que o legislador é a personificação da vontade do povo.⁹⁵³ Não há sequer a garantia de que em prol do *bem comum* será sempre respeitada a ordem jurídica. E, mais uma vez volta-se ao Princípio Republicano. A democracia quando se efetiva prescinde da república na tentativa, sobretudo, de praticar a “difícil moralidade republicana, de obedecer às leis que eles mesmos promulgam”.⁹⁵⁴

Diante de toda essa complexidade, um Estado Democrático de Direito exige boas instituições, capazes de proteger os direitos individuais e coletivos contra ações *tirânicas*. Contudo, reformar instituições e suas práticas é um desafio, sobretudo nas democracias modernas, que envolve *virtudes republicanas*. *In casu*, a evolução do controle jurisdicional preventivo brasileiro engloba essa reflexão, sem perder de vista o alerta de Ana Cândida:

“[...] De outro lado, não há como negar-se: o controle preventivo impressiona pela eficácia. Impede o nascimento de um ato inconstitucional, de um ato em desconformidade com a Constituição, e isso é bem significativo. Todavia, em razão dos pontos negativos que apresenta, é preciso acentuar os cuidados com que se deve cercar o controle preventivo,

⁹⁵¹ FONSECA, Edson Pires da Fonseca. **Direito Constitucional Legislativo: Poder legislativo direito parlamentar e processo legislativo**. Rio de Janeiro: 2013, p. 213. HARBELE, Peter. “**Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição”. Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

⁹⁵² SARTORI, Giovanni. A teoria da representação no estado representativo moderno. **Edições da Revista brasileira de estudos políticos. Belo Horizonte**: Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1962, p. 15.

⁹⁵³ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3ª edição. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001, p.99.

⁹⁵⁴ RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In: BIGNOTTO, Newton. (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2000, p. 23.

nos casos em que é ele adotado e se porventura se cogitar de vir a adotá-lo no Brasil”.⁹⁵⁵

A solução de *lege ferenda* é a utilização da via excepcional do MS para efeito de controle formal até se pensar na hipótese de criação de um instrumento próprio. O que não se recomenda é o *fechar os olhos* para um problema real ou tratá-lo de forma isolada. É preciso romper mitos, como aqueles olhos vendados da *Iustitia*. Metaforicamente, se a deusa romana da justiça (*Iustitia*) tem a venda sobre olhos simbolizando a imparcialidade na República romana; a deusa grega (*Diké*) no contexto da Democracia, possui os olhos abertos e vigilantes, sobretudo, no momento do pronunciando do Direito, na prática de *ison* (equilíbrio da balança). A estátua da *Justiça* localizada no complexo da Praça dos Três Poderes em frente ao prédio do Supremo Tribunal Federal, em Brasília, esculpida pelo artista plástico Alfredo Ceschiatti, simbolicamente está de costas para o Tribunal e de frente para o Palácio do Planalto e na lateral está o Congresso Nacional.⁹⁵⁶ Que a arquitetura física de Brasília possa servir de inspiração para a arquitetura institucional da Nação.

Considerações parciais

Como em outrora, não obstante a amplitude da *doutrina* do *habeas corpus*, a realidade brasileira precisou da criação do mandado de segurança. Ao que tudo indica, a presente ordem jurídica brasileira diante da sistemática da nomogêneses legislativa parece carecer de um instrumento de controle preventivo de constitucionalidade que incorpore os princípios da jurisprudência contra *abuso do poder* legislativo nos casos que há ofensa à cláusula pétrea e direitos das minorias.

⁹⁵⁵ FERRAZ, Ana Candida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v.36, n.142, p. 279-296, abr./jun. 1999.

⁹⁵⁶ “[...] Compendo o cenário do STF, uma estátua de Alfredo Ceschiatti, A Justiça, encontra-se na frente do edifício sede. Feita em granito e com mais de 3 metros de altura, a obra data de 1961. A representação da Justiça como figura feminina remonta a retratações de Themis e Iustitia na mitologia antiga. Themis, conhecida por sua percepção aguçada e julgamento perspicaz, foi a deusa grega da Justiça e das Leis. Na mitologia romana, Iustitia foi uma das quatro virtudes, juntamente com Prudência, Fortitude e Temperança.” Disponível em:

<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=206259&modo=cms>. Acesso em 17 fev. 2015.

Considerações Finais

“Cada um dos poderes do Estado tem, inevitavelmente, a sua região ... em que esse poder é discricionário. Limitando a cada poder as suas funções discricionárias, a lei, dentro das divisas em que as confina, o deixa entregue a si mesmo, sem outros freios além do da idoneidade, que lhe supõe, e da opinião pública, a que está sujeito. ... o Congresso Nacional, sem ultrapassar a órbita da sua autoridade privativa e discricionária, pode legislar desacertos, loucuras e ruínas. Onde a responsabilidade executável contra esses excessos? ... Declarar, pois, inconstitucionais esses atos quer dizer que tais atos excedem, respectivamente, a competência de cada um desses dois poderes (executivo e legislativo). Entregando, logo, ao Supremo Tribunal Federal a missão de pronunciar como incursos no vício de inconstitucionalidade os atos do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, o que faz a Constituição é investir o Supremo Tribunal Federal na competência de fixar a competência a esses dois poderes, e verificar se estão dentro ou fora dessa competência os seus atos, quando judicialmente contestados sob esse aspecto”.⁹⁵⁷

A partir do desenvolvimento do tema proposto e em comprovação aos pressupostos apresentados, apontam-se como considerações finais as constatações a seguir apresentadas:

1. A competência para editar normas deve estar adstrita a um fundamento racional de necessidade e coerência, isto é, a criação e aprovação de leis supérfluas e incoerentes, pode configurar abuso do poder de legislar. Sob essa perspectiva, a atividade legislativa deve ser exercida com responsabilidade e dentro dos limites constitucionais.

2. Todas as três esferas do poder, no exercício de suas funções devem ser encarregadas da tarefa poligenética de se aterem ao exame de constitucionalidade dos projetos de leis que tramitam perante o Parlamento, sob pena, de haver conteúdos

⁹⁵⁷ BARBOSA, Ruy. **Escritos e discursos seletos**. Rio de Janeiro: Nova Aguillar, 1997, p. 558.

normativos criados em afronta à ordem jurídica democrática e cujos efeitos sejam irreversíveis, como no caso de prejuízo severo aos direitos das minorias.

3. A considerar a técnica de legística e os princípios da legisprudência como uma espécie de controle preventivo (político e jurídico) do projeto de lei, há uma ampliação de seu ponto de atuação e, no que concerne a garantia constitucional, passa a ser um saber poligenético. Com efeito, os princípios prudenciais aplicados à atividade legiferante (legisprudência), associados às técnicas de avaliação legislativa, promovidas pela legística, constituem-se em instrumentos para se caracterizar os excessos no impulso de legislar.

4. Os princípios prudenciais e as técnicas de avaliação legislativa, ao imporem uma justificação sistemática da atividade normativa, reduzem a possibilidade de produção de normas que, em última instância, transgridam os fundamentos democráticos e republicanos. Assim, a liberdade de legislar é garantida, mas dentro dos limites da legitimidade do mandato representativo – limites que, modernamente, são estabelecidos por uma constituição.

5. Os problemas jurídico-políticos são, em verdade, problemas unificados. Nesse sentido, a dinâmica de atuação entre os Poderes, sobretudo, o exercício da função jurisdicional confiada ao Poder Judiciário, representa a busca de um equilíbrio necessário, uma espécie de freio republicano à realização do bem da coletividade, essência da democracia.

6. Enquanto o legislativo é o *locus* das escolhas majoritárias, o Executivo representa o espaço para as escolhas discricionárias, reserva-se ao Poder Judiciário, o juízo de composição técnica. Assim, a partir desse entendimento, autoriza-se a atuação do Supremo Tribunal Federal como instituição legítima para a avaliação e aplicação do *freio republicano* à vontade majoritária ofensiva à Constituição.

7. A atuação do Poder Judiciário em atos do Poder Legislativo, como uma espécie de *freio republicano*, tem por fim a ampliação do debate sobre matéria constitucional. Assim nos casos de ofensa à constituição e ao direito das minorias partidárias, a Justiça Constitucional adjudica o debate para além da arena política. Contudo, a atuação do STF, em casos específicos e pontuais, constitui a ideia do *jogo concertado* e compõe a dinâmica de

freios e contrapesos próprios da divisão de poderes. O *desejo* democrático tem na *virtude* republicana um freio institucional e racional.

8. Diante do atual contexto democrático, impera-se a necessidade de atualização da interpretação dada ao precedente com a possibilidade de aplicabilidade do *distinguishing* e até mesmo, em última hipótese, a *overruling* quanto à vedação imposta pela Súmula 266/STF, de que não cabe MS contra lei em tese.

9. O exercício do controle jurisdicional preventivo tem por objetivo impedir a tramitação de PEC lesiva a cláusulas pétreas. Em regra, trata-se de uma inconstitucionalidade formal, isto é, a questão discutida é relativa ao processo legislativo previsto pela Constituição Federal para o trâmite de PEC. “O próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição”. Esse entendimento encontra respaldo na Jurisprudência do STF.

10. Ainda é possível o controle preventivo de constitucionalidade formal através da impetração de mandado de segurança para suspender a tramitação de projeto de lei (infraconstitucional) violador de cláusulas pétreas. Trata-se de um remédio constitucional protetivo do direito de oposição, ou do direito das minorias, que se insere no princípio democrático-republicano.

11. O aplicador do Direito também exerce uma função Política. As leis que emanam do Estado são produtos de sua prática política. E assim como o Direito, a Política também é dialética e argumentativa. Contudo, se a prática política é *maleável* quanto à escolha de qual agenda seguir; o Direito enquanto ordem jurídica intenta emoldurar a conduta política pela via da retidão.

12. A interação entre Democracia e República nos estados modernos ocorre a partir de um princípio: A indivisibilidade do poder. Assim, no que concerne à titularidade do poder, esta é confiada ao povo. Já o exercício desse mesmo poder é confiado às instituições que representam a vontade geral em consonância com o princípio da separação de poderes.

13. Constata-se a problemática histórica de se definir povo. Assim, a questão fundante da democracia não é ter na legitimidade do povo um atributo de verdade. Mas,

sim, um atributo de direito. O povo não tem sempre razão no sentido de que nunca se equivoca, senão no sentido de que tem o direito a se equivocar.

14. Com efeito, a noção operacional de povo é fundamental para se compreender certas prerrogativas e responsabilidades no contexto jurídico-político. A fração dominante do povo é formalmente majoritária, contudo é importante compreender as regras do jogo dessa composição representativa para efeitos de criação de uma norma. A maioria do povo pode democraticamente esmagar a minoria. Assim como a minoria detentora do poder pode legitimar criações normativas que atentem a princípios consagrados na Constituição.

15. A representatividade deve ser construída em bases politicamente igualitárias. O que está em jogo na decisão da maioria é o procedimento para formar um conjunto de interesses. Democracia é dissenso, isto é, liberdade para a divergência.

16. A República, na contemporaneidade – no contexto de um Estado Democrático de Direito, representa um filtro racional à vontade da maioria quando esta excede suas prerrogativas. Na verdade, a regência republicana na atualidade promove um resgate dos fundamentos do *Rule of Law* e do *Judicial Review*.

17. O diálogo republicano e democrático entre o Judiciário e Legislativo não indica a supremacia de um poder sobre o outro, mas sim a supremacia dos valores constitucionais, base do Estado Democrático de Direito.

18. A experiência demonstra que o instituto da divisão dos poderes, na verdade, coexiste com a interferência necessária contra o arbítrio da maioria desenfreada, porém limitada ao *Rule of Law*, para que não se converta em um *governo de juízes*, mas que se tenha um *governo com juízes*.

19. A evolução do princípio republicano no Brasil repousa em garantias, que foram conquistadas ao longo do tempo, mas que na atualidade ganham relevo por força de diretrizes fundantes do próprio Estado Democrático de Direito. Em termos operacionais, a demanda por transparência e maior *accountability* no Poder Judiciário integra as reformas do sistema judicial.

20. A tarefa do legislador é projetar uma solução para um problema que, via de regra, transpõe o tempo. Contudo, a nomogênese legislativa não é uma tarefa ilimitada. Os excessos legislativos devem ser evitados. Com efeito, quando o primeiro controle político do processo legislativo no âmbito da CCJ falha, ainda se pode contar com o controle do veto do Poder Executivo (apesar da possível derrubada pelo CN) e com o controle judicial repressivo. Ocorre que, em virtude dos efeitos decorrentes de um presidencialismo de coalizão, a esperança depositada no veto pode ser infrutífera.

21. As necessidades do país podem não ser o principal motivo ensejador de iniciativas, mormente parlamentar e executiva. Assim, o governo ao dispor de maioria no Congresso, procura impedir que as iniciativas de uma minoria parlamentar, em seu papel de oposição, sejam transformadas em lei. E pode ocorrer também que a minoria use sua força para tumultuar o processo legislativo e criar dificuldades ao governo no cumprimento de suas metas administrativas. Essas influências, próprias do jogo político, podem ter um resultado impróprio do ponto de vista da Legística. Com efeito, um ponto importante para o controle da validade da iniciativa legislativa é o critério da motivação que demanda a justificação dos motivos ensejadores da proposição.

22. Verifica-se que, para a ordem constitucional brasileira, os critérios de razoabilidade e proporcionalidade associados ao princípio do *substantive due process of law* representam uma exigência notadamente no desempenho da função legislativa.

23. A presunção de liberdade da atividade legislativa esta adstrita ao princípio da necessidade. Assim, a promulgação de leis supérfluas pode configurar abuso do poder de legislar. No contexto de um Estado Democrático de Direito torna-se imperioso que se evite leis que reduza ou restrinja, imotivada ou desnecessariamente, a liberdade de ação no âmbito social. Em sentido mais amplo, a constitucionalidade de uma lei não está somente na obediência aos preceitos contidos na Constituição, o que também inclui o devido processo de formação, mas pode-se reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei por estabelecer restrições dispensáveis.

24. Em linhas gerais, a transposição da doutrina do excesso do poder legislativo deve ser feita com cautela para efeitos de uma técnica de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade pela via do Mandado de Segurança. Nesse sentido, a legisprudência

pode ser um instrumento de controle e conformação do *diálogo tenso* entre judiciário (inserido nos limites da jurisdição) e legislativo (em seu espaço de prognose legislativa), considerando ser a tarefa de criação da lei um saber poligenético, sobretudo no que concerne à guarda dos preceitos constitucionais.

25. O desenvolvimento de critérios sistematizados de controle de constitucionalidade no âmbito do processo político de formação das leis aparenta ser uma prática que tangencia vários ordenamentos jurídicos. Um olhar mais atento à elaboração e avaliação normativa passou a fazer parte efetiva de uma agenda política nas organizações internacionais e na União Europeia em meados da década de noventa.

26. A sistematização da produção legislativa dos poderes públicos constitui um passo importante para a tomada de consciência das debilidades de uma doutrina jurídica hermética à dinâmica política e social e insensível à necessidade de introduzir, na feitura das leis, conhecimentos imprescindíveis para garantir a qualidade e eficiência legislativa.

27. No marco do moderno constitucionalismo e com o fortalecimento dos Tribunais Constitucionais, a preocupação em racionalizar o processo legislativo constitui uma parcela importante e indissociável da ciência jurídica-constitucional. Com efeito, a decisão legislativa, na etapa de formação de uma lei, não pode ser tomada como extrajurídica. Em outras palavras, não é apenas a lei enquanto produto final que constitui a fonte do Direito, mas o iter de formação dessa fonte também é um elemento que comporta reflexão por parte da dogmática jurídica.

28. Na contemporaneidade, impera o fato de que a elaboração da lei não é um ato puramente político, como também, a aplicação e interpretação da lei não é uma tarefa exclusivamente jurídica. Esse cenário revela a importância de se desvelar a cortina da intocabilidade dos atos legislativos e convida a doutrina e o poder político a refletir e colocar em prática os pressupostos de qualidade e resultados da lei.

29. Processo legislativo eficiente pode ser compreendido a partir das medidas de formação, execução e implementação do ato normativo. Nesse sentido, a adoção de ações que compõe a construção de um consenso político como a realização de audiências públicas, plebiscitos, representam meios para otimizar a aceitação/eficácia social. Contudo, referidas

medidas devem corresponder ao critério de “menor custo” alocacional. Em outras palavras, operacionalmente, leva-se também em consideração a noção de eficiência econômica. Assim, para se democratizar e tornar o processo legislativo mais eficiente deve-se ater às questões financeiras e orçamentárias.

30. O governo com juízes pautado no *Rule of Law* e no *Judicial Review* lança as bases do diálogo entre as funções do Estado, em especial a função legislativa e judiciária. Com efeito, em que pese as diferentes atribuições há um ponto em comum entre essas duas funções, qual seja, a ideia de prudência.

31. A ideia de prudência é um elemento essencial para o aprimoramento dos estudos sobre a qualidade da lei no seu processo de formação. Sob esse aspecto a racionalidade jurídica tradicional é convidada a somar-se à teoria da legislação. E do fruto dessa associação pode ser compreendido o sentido de *legisprudência*, como uma vertente prudencial da legística.

32. A perspectiva da legisprudência ganha relevo como uma teoria normativa articulada à teoria do direito que tem como objeto de estudo o processo de criação das leis. E na gênese desse processo verifica-se que o dever de justificação para a criação de regras deve ser apresentado como condição de legitimidade e de otimização do caráter democrático do sistema. A prudência como bem decidir, confere maior racionalidade ao processo de justificação, uma vez que esta passa a ser o resultado de um processo dialógico fundado em uma racionalidade prática.

33. A razoabilidade aplicável ao processo de tomada de decisões, a partir do enfoque prudencial é um elemento emoldurante tanto para a tarefa do legislador quanto para a ação do magistrado. Em especial, a racionalidade da norma jurídica recobra que o autor da lei seja prudente e que a lei seja tecnicamente adequada quando se refere a um fazer ou não fazer. A história comprova que, assim como a ciência do direito já foi chamada de prudência do direito ou *iuris prudentia*, a arte de legislar foi incluída na prudência política. Assim, a norma jurídica da perspectiva da racionalidade prudente deve ser adequada à realidade, uma vez que representa uma ordenação, trata-se de uma regra ou ordinário e não uma desordem.

34. O encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz pode conter sinais de tensão. Todavia, a criatividade é um fator inevitável da função jurisdicional. E, especificamente no que concerne ao controle judicial de constitucionalidade das leis é possível afirmar que este também possui uma coloração política, mais ou menos evidente. Afinal, não há como ser completamente científico, desinteressado ou neutro.

35. No contexto da complexidade institucional, a autocontenção ou o protagonismo da jurisdição constitucional no exercício de função criativa e criadora do direito deve ser compreendida na atualidade, sobretudo, a partir da expansão da atividade legislativa. Assim diante do alargamento dos direitos sociais e o crescente volume da legislação é possível verificar a ocorrência do sobrecarregamento (*overload*) das funções do Estado e a frequente imprecisão e ambiguidade dos atos legislativos.

36. Diante desse cenário e, a considerar a atuação da jurisdição constitucional, pode-se afirmar que cabe a esta o papel de atualização e correção funcional da atividade legislativa. Sobre esse aspecto, ao papel de legislador negativo soma-se o sistema de freios e contrapesos necessários para o aprimoramento da qualidade da Lei. A experiência exógena, *mutatis mutandis*, pode contribuir para a reflexão.

37. Em que pese o risco da existência de *ilhas corporativas de discricionariedade*, a atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria considerada *interna corporis* representa uma questão sobremaneira prudente e que engloba também exercício político de controle.

38. Com efeito, a decisão no âmbito do Parlamento de *per si* não denota a soberania do Parlamento, mas sim a soberania da Constituição no marco de uma ordem democrática. Nesse sentido, a atuação da Jurisdição constitucional representa a função mediadora no conflito entre maioria e minorias parlamentares. O papel da Justiça Conformativa tem por finalidade manter o consenso alargado, contra uma imposição limitadora.

39. Na ordem jurídica infraconstitucional, o instituto do mandado de segurança individual e coletivo compõe a evolução do modelo de direitos e garantias fundamentais e do próprio constitucionalismo brasileiro. O mandado de segurança é o remédio

constitucional que garante a liberdade individual, a dignidade humana e a intangibilidade das conquistas da Civilização contra o arbítrio do poder governamental.

40. O mandado de segurança é uma garantia de resguardo e amparo ao direito. Assim, remontando a natureza jurídica do *writ*, é possível afirmar que se trata de um instrumento de proteção contra a violação do direito.

41. No que se refere ao controle formal de constitucionalidade, pertinente ao trâmite legislativo, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite uma exceção ao conhecer o *mandamus* nos casos de processamento de propostas de emenda à constituição que ferem limitações estabelecidas nas cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988. Assim, dada a sua relevância jurídica e política, o Tribunal considera que os parlamentares possuem direitos líquido e certo à higidez do processo legislativo.

42. Democracia é liceidade para o dissenso. Nesse sentido, reafirma-se a importância do Tribunal Constitucional como guardião do direito de oposição em garantia à própria essência da Constituição pautada inclusive pelo pluralismo político.

43. O direito de oposição não pode ser reduzido a uma previsão meramente formal. Deve-se garantir a máxima efetividade ao exercício desse direito, através de instrumentos hábeis que possibilitem uma atuação condizente com o nosso sistema democrático.

44. Reafirma que o regime democrático, analisado da perspectiva das delicadas relações entre os Poderes, autoriza a ação da jurisdição constitucional quando as instituições políticas do Estado falham em seus deveres de respeitar a Constituição e as leis. Vê-se daí que a intervenção do Poder Judiciário, na hipótese de lesão a direitos subjetivos amparados pelo ordenamento jurídico do Estado, reveste-se de plena legitimidade constitucional. Assim, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera do Poder Legislativo, como se registra nas situações em que se atribuem à instância parlamentar, condutas alegadamente tipificadoras de abuso de poder.

45. Diante do atual contexto brasileiro de controle de constitucionalidade e da análise da qualidade das leis, verifica-se que a solução de *lege ferenda* é a utilização da via excepcional do MS para efeito de controle formal até se pensar na hipótese de criação de um instrumento próprio, o que não se recomendar é ignorar um problema real ou tratá-lo

de forma isolada. Convém recordar que “legislar é fazer experiências com o destino humano”.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. **Lo racional como razoable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**. Dados, Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 198.
- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Prefácio. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Revisão da tradução: Nívia Mônica da Silva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ACKERMAN, Bruce. The emergency Constitution. **The Yale Law Journal**. v. 113, n. 5, 2004.
- ACTON, Lord. **Essays on freedom and power**. New York: Meridian, 1955.
- AFFONSO, Flávia Martins. **O conceito indeterminado de prognose e a lei 12.401/2011**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/16091849>. Acesso em 23 abr. 2013.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: UNB, 2001.
- ALEX, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 217, jul/set. 1999, p.67-79.
- ALEX, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.
- ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALLEN, Carleton Kemp. **Law in the Making**. New York, Oxford University Press, 1927.
- ALMEIDA, Marta Tavares de. A contribuição da Legística para uma política de legislação: concepções, métodos e técnicas. In **Anais do Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.
- ALVES JR, Luís Carlos Martins. **Constituição, Política & Retórica**. Brasília: Uniceub, 2014.
- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade:** comentários ao artigo 97 da Constituição e aos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL, Gilberto Luiz Do. OLENIKE, João Eloi. AMARAL, Letícia Mary Fernandes Do. **Quantidade de normas editadas no Brasil: 25 anos da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <<https://www.ibpt.org.br/img/uploads/novelty/estudo/1266/NormasEditadas25AnosDaCFI-BPT.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

Anais do Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

AQUINO, Tomás de. **A prudência:** a virtude da decisão certa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ARAGON, Raquel Gutierrez. VERASTEGUI, Rosa Maria Ramos. **Esquema Fundamental del Derecho Mexicano.** México: Porrúa, 1999.

ARINOS, Afonso. **Discurso na Promulgação da Constituição de 1988.** Grandes momentos do Parlamento. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/grandesMomentos/pron1.shtm>>. Acesso em 10 jan. 2014.

ARISTÓTELES. **A política.** São Paulo: Nova Abril Cultural, 2000.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** São Paulo: Martin Claret, 2003.

ASSEMBLÉE NATIONALE. **L'Office parlementaire d'évaluation de la législation.** Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/office-legislation.asp>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição.** 2ª edição. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2007.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica.** 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación.** Madri: Civitas, 1997.

BACHOF, Otto. **Nomas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ato coator. In FERRAZ, Sérgio (Org.). **Mandado de segurança.** Porto Alegre: Fabris, 1986.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição.** São Paulo: Editora Resenha Universitária, 1979.

BARATA, Carlos Eduardo de Almeida. In Américo Brasiliense de Almeida e Melo. **Os programas dos partidos e o segundo Império: primeira parte. Exposição de princípios**. São Paulo: Tip. Jorge Seckler, 1878.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. Ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARBOSA, Rui. **As classes conservadoras**: conferência pronunciada na associação comercial do Rio de Janeiro a 8 de março de 1919. São Paulo: LTR; Fundação casa de Rui Barbosa, 1986.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Corrigidos e ordenados por Homero Pires, volume V. São Paulo: Saraiva, 1934.

BARBOSA, Rui. **O direito do Amazonas ao Acre Septentrional**. V. I. Typ. do "Jornal do Commercio". Rio de Janeiro: 1910.

BARBOSA, Ruy. **Escritos e discursos seletos**. Rio de Janeiro: Ed. Nova Aguillar S.A., 1997, p. 558.

BARRACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral dos atos parlamentares**. Revista de Informação legislativa. Brasília: Senado Federal, a. 21, n. 81, jan./mar. 1984.

BARROS, Roque Spencer Maciel de. **Razão e racionalidade**: ensaio de filosofia. São Paulo: T.A. Queiroz, 1993.

BARROS, Suzana Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 214.

BARZOTTO, Luís Fernando. **Filosofia do Direito**: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, v. 2, nº 21, jan./jun. 2012.

BARZOTTO, Luís Fernando. **Filosofia do Direito**: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BERLIN. Dois conceitos de liberdades. In **Estudos sobre a humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia política**. São Paulo: Atlas, 2008.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional das leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BLACKSTONE, Willian. **Commentaires on the laws of england**. San Francisco: Bancroft-whitney, 1916.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Lisboa: ed. 70, 1980, p. 58-59.

BLUNTSCHLI, M. **Le droit public general**. Traduzido do alemão e precedida por um prefácio pelo Sr. Armand de Riedmatten. Paris: Guillaumin, 1885.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. VIROLI, Maurizio. **Diálogo en torno a la república**. Barcelona: Kriterion Tusquets, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco *et Alii*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Livro I. São Paulo: Ícone, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB editora, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, 10ª ed, São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Reflexões, política e direito**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BORK, Robert H. In GARVEY, John H. ALEINTKOFF, T. Alexander. **Modern constitutional theory**. Saint Paul: West Publishing, 1990.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRASIL, Congresso Nacional, **Projeto de Lei nº 5607, de 8 de julho de 2009**. Portal da Câmara dos Deputados: Projetos de Leis e Outras Proposições, 2009. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=441591>>. Acesso em 10 dez. 2014.

BRASIL, Ministério da Justiça. **Mensagem n.º 824** encaminhada ao Congresso Nacional com a exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 5.067/2001, 07.08.2001.

BRASIL. **Ato Institucional n.º 4**, de 7 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-04-66.htm>. Acesso em 10 dez. 2013.

BRASIL. **Ato Institucional n.º 6**, de 1.º de fevereiro de 1969. Altera a composição e competência do Supremo Tribunal Federal, amplia disposição do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968 e ratifica as emendas constitucionais feitas por Atos Complementares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-06-69.htm#art2>. Acesso em: 11 dez. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Justificativa à PEC 33/2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=498A726EB77AAC6A4FC9546E7EA1D989.node1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 15 fev. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 16 jun. 2014.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 16 jun. 2014.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 10 de novembro de 1937. Revogado pela Lei Constitucional n.º 18, de 1945.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 18 de setembro de 1946.

BRASIL. Constituição (1967/1969). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 17 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (1824)**. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, promulgada em 25 de março de 1824.

BRASIL. **Decreto nº 2.954** de 29 de Janeiro de 1999. Estabelece regras para a redação de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo. Revogado pelo Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2954.htm>.

BRASIL. **Decreto nº 21.402**, de 14 de Maio de 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21402-14-maio-1932-518100-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 22.040**, de 1º de Novembro de 1932. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22040-1-novembro-1932-502838-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 4.176** de 28 de março de 2002. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4176.htm>.

BRASIL. **Decreto nº 58.198**, de 15 de Abril de 1966. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-58198-15-abril-1966-399176-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 91.450**, de 18 de Julho de 1985. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-91450-18-julho-1985-441585-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 06**, de 16 de novembro de 1937. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-6-16-novembro-1937-354233-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608**, de 18 de setembro de 1939. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 17 jun. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 96**, de 22 de Dezembro de 1937. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-96-22-dezembro-1937-350850-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

BRASIL. **Despacho nº 12017/2003** do Ministro da Presidência (DR II série do DR de 25 de Junho). Disponível em: <http://www.simplex.pt/2006programa/programa2006_04SimplificacaoPreventivaC.html>. Acesso em: 29 dez. 2014.

BRASIL. DIÁRIO OFICIAL. **Suplemento especial ao nº 185**, 26 de setembro de 1986 Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituinte/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em 10 jan.2014.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 14**, de 9 de setembro de 1980. Altera o Título das Disposições Gerais e Transitórias, estendendo os mandatos dos atuais Prefeitos, Vice-Prefeitos, Vereadores e Suplentes até 1983, imprimindo nova redação ao artigo 209. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc14-80.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26**, de 27 de novembro de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 10 jan.2014.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, de 2004. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-norma-pl.html>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL. **II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Disponível em: 20 fev. 2014.

BRASIL. **Justificativa à PEC 33/2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=498A726EB77AAC6A4FC9546E7EA1D989.node1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em 15 fev. 2015.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 95** de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 28 fev. 2015.

BRASIL. **Lei de 29 de novembro de 1832**. Promulga o Código de Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 16 jun. 2014.

BRASIL. **Lei nº 1.533**, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado de segurança. Revogado pela Lei nº 12.016, de 2009.

BRASIL. **Lei nº 12.016**, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 03 jan. 2015.

BRASIL. **Lei nº 191**, de 16 de janeiro de 1936. Regula o processo do mandado de segurança. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-191-16-janeiro-1936-543259-publicacaooriginal-53414-pl.html>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

BRASIL. **Lei nº 6.014**, de 27 de dezembro de 1973. Referidos artigos foram revogados pela Lei nº 12.016, de 2009.

BRASIL. **Lei nº 9.096**, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm>. Acesso em 28 fev. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.504**, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições.

BRASIL. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>.

BRASIL. **Mensagem nº 1.807**, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

BRASIL. **Portaria do Ministério da Justiça nº 634**, de 23 de outubro de 1996.

BRASIL. **Preâmbulo do Ato Institucional nº 1**, de 9 de abril de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 4.176**, de 28 de março de 2002.

BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. Gilmar Ferreira Mendes e Nestor; José Forster Júnior. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Presidência da República, 2002.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer 941** de 2009-CCJ, relator Senador Tasso Jereissati, favorável.

BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno do Senado Federal**. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 266**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=266.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Construindo o Estado republicano**: democracia e reforma da gestão pública. Tradução de Maria Cristina Godoy. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. **Exposição oral nos debates sobre ativismo judicial por ocasião da reunião do CBEC**. Brasília: UniCEUB, 2014. Notas de aula. Mimeografado.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. **A Constituição e seus bons frutos**. Disponível em: <<http://www.ayresbritto.com.br/?p=1348>>. Acesso em: 27. Nov. 2014.

BRUTAU, José Puig. **La jurisprudência como fuente del Derecho**. Barcelona: Bosch.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. V. I, Saraiva: São Paulo, 1989.

BUZAID, Alfredo. **Juicio de amparo e mandado de segurança**: contrastes e confrontos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1961.

CAENEGEM, Raoul Van. **Juizes, legisladores e professores**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CALAMANDREI. **Instituciones de derecho procesal civil, según el Nuevo Código**. Buenos Aires: El foro, 1996.

CALMON, Pedro. **História do Brasil**. Século XX : A República e o Desenvolvimento Nacional. V. II. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963, p.294.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Anais da Constituinte**, V. I, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890, p. 26. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/6>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/ccjc/conheca/presidencia>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Conheça o Processo Legislativo**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/processo-legislativo>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Exposição de motivos nº 204**, de 15 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/expmot/2004/exposicaodemotivos->

204-15-dezembro-2004-592098-exposicaodemotivos-117162-mj.html>. Acesso em: 20 fev. 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Glossário sobre processo legislativo**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/glossario/d.html>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 4.470/2012**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=556261>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 8.046/2010**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição nº 275/2013**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=579931>>.

CAMPOS SALLES, M. Ferraz de. **Exposição de motivos do Decreto nº 848, de 11 de Outubro de 1890**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>>. Acesso em 21 nov. 2014.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Com a colaboração de Ridendo Castigat Mores. 2002. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/chicocampos.html>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. **Separação dos poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributos para a compreensão das normas programáticas**. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Relatório sobre o programa conteúdos e métodos de um curso de teoria da legislação**. BFDUC, V. LXVIII, 1987.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu?** A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. Revista do Tribunal Regional Federal, 4ª Região. Porto Alegre, ano 12, n.º 40.

CARNEIRO, André Corrêa de Sá. SANTOS, Luiz Claudio Alves dos. NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. **Curso de Regimento Interno** [recurso eletrônico]. 3. ed. (Série conhecendo o legislativo; n. 14). Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del nuevo proceso civil italiano**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1942.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Cord). **Crise e desafios da constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação a CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CARVALHO, Cristiano Viveiros de. **Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARVALHO, Ivens José Thives de. A produção normativa e a objetividade. **Novos Estudos Jurídicos** – Itajaí, Ano VII, nº 14. p.159-172, abril/2002.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania na encruzilhada. In BIGNOTTO, Newton. (Org). **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica legislativa (legística formal)**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Teoria do Estado e da Constituição**. Direito Constitucional Positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO, Paulo Neves. Anotações. Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, 1997, citado por PIRES, Maria Coeli Simões. In **Anais do Congresso Internacional de Legística**: Qualidade da Lei e Desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

CASTRO, Alexandre Vilela Jardim de. **Avaliação Legislativa na experiência estrangeira: possibilidades da aplicação na produção normativa de Belo Horizonte**. Monografia apresentada ao Curso de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodologia da Legislação. **Cadernos de Ciência de Legislação**, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 35, out-dez. 2003.

CPDOC. Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Setembro de 1980. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1983.

CHAMON JUNIOR. Prefácio a segunda edição de CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. **Cadernos de Ciência de Legislação**. jan-mar. 1992.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese. **A participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, (monografia), mar. 2004.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese. **Democracia e Biossegurança de OGM**: um debate jurídico, técnico e social. Curitiba: Juruá, 2011.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. A Justiça Platônica a partir de Kelsen perante o Tribunal da Ciência. *In: As faces da Justiça: análise de teorias contemporâneas de justiça*. LOPES, Carla Patrícia F. Nogueira; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva (Orgs). Brasília: Gazeta Jurídica.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. **Estados Unidos: da república à democracia**: como a arquitetura Madisoniana, de sua origem aos tempos atuais, representa mais que uma diferença entre grego e latim. Monografia. Brasília: UniCEUB, 2007 (distribuição interna).

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. **O direito em seu laboratório jurisdicional**: os sentidos de verdade e segurança jurídica. Artigo aprovado e apresentado no XXII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo: CONPEDI, nov. 2013.

CHOI, Yooncheol. In (TCF 73, 40, 94, Doações a partidos políticos, 14.07.1986). FLÜCKIGER, Alexandre. **A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais**. Senatus, Brasília, v.7, n.1, p.14-23, jul. 2009.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Brasília: Kiron, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. Saraiva, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**. Disponível em:

<<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/46/23>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

COELHO, Inocêncio Mártires. Seminário: “**Pressupostos hermenêuticos gerais**”. Disciplina Hermenêutica Constitucional ministrada no curso de Doutorado em Direito no UniCEUB. 2014. Notas de aula.

COELHO, Inocêncio Mártires. Seminário: “**Pressupostos hermenêuticos gerais**”. Disciplina Hermenêutica Constitucional ministrada no curso de Doutorado em Direito no UniCEUB. 2014. Notas de aula.

COELHO, Inocêncio Mártires. Seminário: “**A teoria hermenêutica: a teoria de Emilio Betti**”. 13 mar. 2014. Notas de aula.

COELHO, Inocêncio Mártires. Seminário: “**Indeterminação do direito e segurança jurídica. Diretrizes para uma interpretação estrutural dos modelos jurídicos**”. Notas de aula.

COELHO, Inocêncio Mártires. Seminário: “**O direito como linguagem/texto e como interpretação/argumentação**”. Notas de aula.

COHEN, JULIUS. **Materials and problems on legislation**. 2 ed. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1967.

COIMBRA, Leonardo. “A questão universitária”, In CUNHA, Paulo Ferreira da. **Nova Teoria do Estado: Estado, República, Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio à Müller, Friedrich. **Quem é povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Conselho Constitucional Francês**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. **Présentation générale**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/presentation-general/presentation-general.25785.html>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

CONSTANT, Benjamin. **Princípios de política aplicáveis a todos os governos**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

COX, Archibald. The Warren Court: **Constitutional Decision as an instrument of reform**. Cambridge: Harvard University Press, 1968.

CRISTAS, Assunção. Legística ou a arte de bem fazer leis. **Revista CEJ**, Brasília, n. 33, p. 78-82, abr./jun. 2006.

CRUET, Juan. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa, 1908.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Nova Teoria do Estado: Estado, República, Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2013.

CUNHA, Sérgio Sérulo da Cunha. Introdução à edição brasileira de: Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DAHL, Robert Alan. **Democracy and its critics**. New Haven, Yale University, 1989.

DAHL, Robert Alan. **La igualdad política**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

DEUTSCHER BUNDESTAG. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

DI PIETRO, Maria Silva Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of Law of the Constitution**. Indianapolis: Liberty Fund, 1982 [1915].

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito e sociologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Manual do mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DORIA, Antonio de Sampaio. **Princípios constitucionais**. São Paulo, Editora Ltda., 1926.

DUARTE, David. PINHEIRO, Alexandre Sousa. ROMÃO, Miguel Lopes. DUARTE, Ricardo. **Legística: Perspectivas sobre a concepção de redação de atos normativos**. Coimbra: Almedina, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ÉBOLI, Evandro. **Arquivo conta o dia de 1963 em que 630 militares sitiaram Brasília: Grupo ocupou aeroporto, bloqueou estradas e prendeu autoridades**. Jornal: O Globo. Infoglobo Comunicação e Participações S.A. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/arquivo->

conta-dia-de-1963-em-que-630-militares-sitiaram-brasilia-7794059>. Acesso em: 18 jun. 2014.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Office of Information and Regulatory Affairs**. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/omb/oira>>. Acesso em 30 dez. 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The road to independence. **Outline of U.S. History**. Novembro de 2005. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/products/pubs/histryotln/road.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Warren Court**, 1953-1969. Disponível em: <<http://www.supremecourthistory.org/history-of-the-court/history-of-the-court/the-warren-court-1953-1969/>>. Acesso em 16 out. 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The White House. **Executive Order 13563 “Improving Regulation and Regulatory Review”**. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/01/18/improving-regulation-and-regulatory-review-executive-order>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

EUROPEAN COMMISSION. **Better Regulation**: simply explained. European Communities, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2006. Disponível em <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/brochure/brochure_en.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2015.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Ed. USP, 1996.

FAVOREU, Louis. **La justice constitutionnelle em France**. Les Cahiers de droit, vol. 26, n. 2, 1985.

FEDERAL REGISTER. Federal Register, vol 58, nº190, 1993. **Part VIII. The President**. Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/inforeg/eo12866.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre poder, a liberdade, a justiça e o direito**. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ, Ana Candida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, p. 279-296, abr./jun. 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Filho. Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRERO, Guglielmo. **Potere**. Milán: Comunità, 1947.

FERRI, Cristiano. **Fatores internos da Câmara dos Deputados e a coerência das leis federais**. In Caderno da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan./dez. 2007.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Modelos de Legislativo: o Legislativo brasileiro em perspectiva comparada. In: **Plenarium**, ano 1, n.1, novembro, 2004, p. 41-56.

FILANGIERI, Gaetano. **La scienza della legislazione del Gaetano Filangieri**. Tomo 1. (1780), Introdução. Napoli: nella Stamperia Raimondiana, 1780-1785. 7 v. e 1791 vol. 8 (póstumo).

FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **El juicio de amparo**. Presentacion de Antonio Martinez Baez. Mexico: Porrúa, 1964.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Sintesis del Derecho de Amparo**. Panorama del Derecho Mexicano. Tomo I. México: UNAM, 1965.

FLÜCKIGER, Alexandre. **A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais**. Senatus, Brasília, v.7, n.1, p. 14-23, jul. 2009.

FLÜCKIGER, Alexandre. DELLEY, Jean-Daniel. **A elaboração racional do direito privado: da codificação à legística**. Tradução: Paulo Roberto Magalhães. Revisão da tradução: Maria Lina Soares Souza. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan./dez. 2007.

FRANÇA. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**. Disponível em <http://www.ambafrance-br.org/-Ambassade-de-France-au-Bresil->. Acesso em: 25. Nov.

FONSECA, Edson Pires da. **Direito Constitucional Legislativo: Poder legislativo direito parlamentar e processo legislativo**. Rio de Janeiro: 2013.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Conjunto de conferências pronunciadas em 1973. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da Biopolítica**. Curso dado no College de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRAGA, Ana. VARGAS, Ana. Da qualidade da legislação ou de como o legislador pode ser um fora-da-lei. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 59-102, jan./dez., 2007.

FRANÇA. **Constituição da República de 1958**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/pdf>>. Acesso em 22 dez. 2014.

FREITAS FILHO, Roberto. **Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões. **Universitas**: jus. Centro de Ensino Unificado de Brasília – UniCEUB. Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez., 2010.

FRIEDMANN, W. **Legal Theory**. New York: Columbia University Press, 1967.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Manifesto dos Mineiros**. CPDOC - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas. Disp. Disponível <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/aeravargas1/anos37-45/quedadevargas/manifestodosmineiros>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Supremo em Números**. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Acesso em 15 jan. 2015.

GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GARVEY, John. ALEINTKOFF, T. Alexander. **Modern constitutional theory**. Saint Paul: West Publishing, 1991.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Domesticando o Leviatã**: litigância intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional. Brasília: edição do autor, 2013.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês**. Revista de Informação Legislativa, v. 40, n. 158, p. 97-125, abr./jun. de 2003.

GOMES, Laurentino. **1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e proclamação da República no Brasil**. São Paulo: Globo, 2013.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUIMARÃES, Ulysses. **Resposta à fala de Sarney contra a Constituinte**. Discurso de 27 de Julho de 1988.

GUSMÃO, Luís. A crítica da epistemologia na sociologia do conhecimento de Karl Mannheim. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília: vol.26, nº 1, jan./apr. 2011.

HABER, Carolina Dzimidas. **A Relação entre o Direito e a Política no processo legislativo penal**. Tese apresentada ao programa de Doutorado em Direito do Estado na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**: reason and the rationalization of society. Boston: Beacon press, 1984.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HARBELE, Peter. **“Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição”**. Brasil: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HAYEK, Frederich August von. **Direito, Legislação e Liberdade**. São Paulo: Editora Visão, 1985.

HEGEL, G.W.F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HELMOLZ. R. H. Bonham’s case, judicial review, and law in nature. In **Journal of Legal Analysis**. V. 1, nº 1, 2209.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, junho 2009.

HEUSCHLING, Luc. **État de droit, Rechtsstaat**. Rule of Law. Paris: Dalloz, 2002.

HILL, Herrmann. **Einführung in die Gesetzgebungslehre**. Heidelberg, 1982. p. 98.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HOBBS, Thomas. **Diálogos entre um filósofo e um jurista**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Martins Claret, 2011.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992.

HORBACH, Carlos Bastide. **Memória jurisprudencial**: Ministro Pedro Lessa. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

HORTA, Raul Machado. **Atos das Disposições Constitucionais Transitórias**. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1428/1357>>. Acesso em: 07 out. 2014.

HORTA, Raul Machado. **O processo legislativo nas constituições federais brasileiras**. Revista de informação legislativa, Brasília, ano 26, n.º 101, Jan/Mar. 1989.

HORTA, Raul Machado. **Poder legislativo e monopólio da lei no mundo contemporâneo**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 31, n.º123, jul./set., 1994.

HUBER, Eugène. Code civil suisse: exposé des motifs. Berne 1901. In FLÜCKIGER, Alexandre. DELLEY, Jean-Daniel. **A elaboração racional do direito privado**: da codificação à legística. Tradução: Paulo Roberto Magalhães. Revisão da tradução: Maria Lina Soares Souza. Caderno da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, jan./dez. 2007.

ITÁLIA. **Costituzione Della Repubblica Italiana de 1947**. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>>. Acesso em: 07 de out. 2014.

JAHREISS, Hermann. Groesse und Not der Gesetzgebung. 1953. In MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**. Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999.

JANDA, Kenneth. Pluralismo e democracia. **Jornal USA**. Departamento de Estado dos Estados Unidos, junho de 2006.

JEFFERSON, Thomas. **A Manual of Parliamentary e Practice**. New York, Clark & Maynard Publishers, 1968.

JEFFERSON, Thomas. **Writings**. USA: Easton Press, 1993, V. II.

KARPEN, Ulrich. **Avaliação legislativa** – a experiência alemã. Cadernos de Ciência de Legislação, Oeiras, Instituto Nacional de Administração, n. 33/34, jan-jun. 2003.

KARPEN, Ulrich. Paineel 1: "Legislação, desenvolvimento e democracia". In **Anais do Congresso Internacional de Legística**: Qualidade da Lei e Desenvolvimento. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

KARPEN, Ulrich. **Proliferation of laws**: diagnosis and therapy? Closing words. In: KARPEN; Wenz (Ed.). National legislation in the European framework. Baden-Baden: EAL, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRISTAN, Andrej. ¿Cómo justificar una (no) intervención legislative? Los elementos clave para un discurso jurisprudencial. In GRÁNDEZ, Pedro. MORALES, Félix (Coord). **La argumentación jurídica en el Estado constitucional**. Lima: Palestra, 2013.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LAMARÃO, Sérgio. **A revolta dos sargentos**. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/AConjunturaRadicalizacao/A_revolta_dos_sargentos>. Acesso em: 18 jun. 2014.

LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Madrid: Civitas, 1993.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

LAW COMMISSION. **Home Law Commission**. Disponível em: <<http://lawcommission.justice.gov.uk/>>. Acesso em: 13 set. 2014.

LE CONSEIL D'ÉTAT. ET LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE. **Em números: 110 projetos de lei, 900 projetos de decreto regulamentar, 300 textos não regulamentares examinados todos os anos**. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: O município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, vol. 1.

LEAL, Victor Nunes. Questões Pertinentes ao mandado de segurança. In **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LEAL, Victor Nunes. Técnica legislativa. In **Problemas de Direito Público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, Supremo Tribunal Federal, 2003.

LIBRARY OF CONGRESS. **About CRS**. Disponível em: <<http://www.loc.gov/crsinfo/about/>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

LIMA LOPES, José Reinaldo. **Apresentação à obra** de CAENEGEM, Raoul van. Juízes, legisladores e professores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LOCKE, John. **Two Treatises of government**. USA: Eaton Press, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process**. Chicago&London: The University of Chicago Press, 1957.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de La Constitución**. Barcelona: Ariel, 1970.

LONGO, Mario. Per la fondazione di una scienza della legislazione. In **Il diritto dell'economia**: Rivista quadrimestrale di dottrina giurisprudenza e documentazione, 1960.

LYRA FILHO, Roberto. **Nova Escola Jurídica Brasileira (N.A.I.R)**. Brasília: Edições N.A.I.R, Ltda., 1983.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACDONALD, John W. **Legal Research Translated into Legislative Action**. 48 Cornell L. Rev. 401, 1963.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Coord.). **Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant**. São Paulo: Atlas, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. São Paulo: RT, 1995.

MACHADO, Hugo de Brito. Mandado de segurança preventivo e decadência do direito de impetração. **Revista dialética de direito tributário**. São Paulo, Oliveira Rocha, 2002.

MACIEL, Marco. **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 187, p. 9-19, jul./set. 2010 | Senatus: cadernos da Secretaria de Informação e Documentação, v.6, nº 2, p. 12-16, out. de 2008 | Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois.

MADER, Luzius. **Anais do Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2009.

MADER, Luzius. **L' Evaluation Legislative**, Lausanne, 1985.

MADER, Luzius. Legislação e jurisprudência. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 193-206, jan./dez., 2007.

MADISON, James. Debates on the adoption of the Federal Constitution. In **the convention held at Philadelphia in 1787**: with a diary of the debates of the congress of the confederation. Philadelphia: J. B. Lippincott, 1891.

MALBERG, Carré de. **La loi, expression de la volonté générale**. Paris: Economica, 1984 [1931].

MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. Brasília: UNB, 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: DPL Editora, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã: Feuerbach**. A contraposição entre as cosmovisões materialistas e idealistas. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y liberdade**. Madrid: Trotta, 1998.

MAUS, Ingborg. **Judiciário como superego da sociedade o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. Novos Estudos, CEBRAP, n.º 58, novembro 2000.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MAYER, Christian. In FLÜCKIGER, Alexandre. **A obrigação jurisprudencial da avaliação legislativa: uma aplicação do princípio da precaução aos direitos fundamentais**. Senatus, Brasília, v.7, n.1, p.14-23, jul. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnoldo. MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal** (Império e República). Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso. **Regime republicano muda perfil do Poder Judiciário**. Informativo Supremo Tribunal Federal em 15 de novembro de 2010.

MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das Constituições rígidas**. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio. BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei**. Revista de informação legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 32, n. 126, Abril/Junho, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**. Brasília, Brasília, vol. 1, n. 8, janeiro 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Questões Fundamentais de técnica legislativa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Número 11, setembro/outubro/novembro de 2007, Salvador, Bahia.

MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas Notas. **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**. Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999.

MENEGUIN, Fernando B. **Avaliação de impacto legislativo no Brasil**. Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, Março 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/conleg/centroaltosestudos1.html>>. Acesso em: 13 set. 2014.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o Governo Representativo**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

MIRANDA FREIRE, Carlos Coelho de. **Teoria da Legislação: Aspectos Materiais**. João Pessoa, 1982.

MIRANDA, Jorge. **Formas e sistemas de governo**. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Antão de. **A má redação de nossas leis - juristas e jurisprudência - renovação e crise do direito, força da tradição e preservação do direito**. Revista dos Tribunais, RT 163, fascículo 556, setembro de 1946, p. 412-420. Republicado pela RT, Ano 88 v. 762 ab1: 1999 p. 777-783.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Editora Verbo, 2007.

MORAIS, Carlos da Costa. Sistema de Avaliação do Impacto das Normas Jurídicas. **Cadernos de Ciência da Legislação**. Oeiras. Instituto Nacional de Administração, n. 32, out.-dez. 2002.

MORAND, Charles-Albert. Formes et fonctions de l'évaluation législative. In: **Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?** Bruxelles: Facultés universitaires Saint-Louis, 1999.

MORAND, Charles-Albert. Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation. **Droit et Société**, n. 10, 1988.

MORAND, Charles-Aubert. Éléments de légistique formelle et matérielle. In: MORAND, Charles-Aubert (Org.). **Légistique formelle et matérielle**. Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'Aix Marseille, 1999.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Prefácio a CARVALHO, Cristiano Viveiros de. **Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

MOREIRA, Regina da Luz. **São Paulo pega em armas: a Revolução Constitucionalista de 1932**. CPDOC - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da

Fundação Getúlio Vargas. Disponível: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/revolucao1932>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. **A Inteligência da Complexidade**. São Paulo: Petrópolis, 2000.

MOTTA, Arthur Maciel. **Processo legislativo e limitações constitucionais ao poder de legislar**: reserva de iniciativa sob a luz do princípio da separação de poderes no constitucionalismo democrático de 1988. Dissertação. Brasília: Uniceub, 2013.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. São Paulo: Martins Claret, 2002.

NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica**. México, UNAM, 1974.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

NOGUEIRA, Rubem. **Concepção ampla do habeas corpus antecipa o mandado de segurança**. Revista de Informação legislativa. Brasília, a.21, n.84, out./dez. 1984.

NUNES, José de Castro. **Do mandado de segurança**. 8 ed. atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

O'DONNEL, Guillermo. Democracia, desarrollo humano y derecho humanos. In: O'DONNEL, Guillermo; LAZZETTA, Osvaldo; CULLELL, Jorge Vargas (comp.). **Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: reflexiones sobre la calidad de la democracia em América Latina**. Rosário: Homo Sapiens, 2003.

OLIVEIRA, Luciano Henrique da Silva. **Análise de juridicidade de proposições legislativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2014, (Texto para Discussão nº 151). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 11 ago. 2014.

ONLINE LIBRARY OF LIBERTY. Sir Edward Coke. **The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke**. Ed. Steve Sheppard. Indianapolis: Liberty Fund, 2003. V. 1. 18/12/2014. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/911>>.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. The 1995 OCDE **Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation**. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&coe=OCDE/GD\(95\)95](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&coe=OCDE/GD(95)95)>. Acesso em: 28 dez. 2014.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. The 1997 OCDE **Report to Ministers** (Plan for Action on Regulatory Quality and Performance). Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/2391768.pdf>>. Acesso em 28.12.2014.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **The 2005 OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance**. Disponível em: <http://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>. Acesso em 28.12.2014.

PAGANO, Rodolfo. **Introduzione ala legística l'arte di preparare le leggi**. Milano: Giuffré Editore, 2004.

PALACIOS, Eulogio Leopoldo. **La prudencia politica**. Ediciones Rialp, S.A., 1957.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY. Parlamento do Reino Unido e soberania parlamentar. Disponível em: <<http://www.parliament.uk/about/how/sovereignty/>>. Acesso em: 09 jul. 2014.

PARUCKER, Paulo Eduardo Castello. **Praças em pé de guerra: O movimento político dos subalternos militares no Brasil, 1961-1964**. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense (dissertação).

PAULA, Felipe de. ALMEIDA, Guilherme Alberto Almeida de. Avaliação legislativa e projeto pensando o direito: uma afortunada aproximação. In: **O papel da pesquisa política legislativa: metodologia e relato de experiências do Projeto Pensando o Direito**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

PEREIRA, Garcia. In **Justiça em crise?** Crises da Justiça. Organização e prefácio António Barreto, Publicações D. Quixote, 2000.

PERELMAN, Chaím. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERJU, Vlad. A comment on “legisprudence”. **Boston University law Review**, vol. 89, 2009.

PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. Série IDP: direito comparado. São Paulo: Saraiva, 2014.

PICANÇO, Melchiades. **Mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Jacintho, 1937.

PIÇARRA NUNO. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIEPER, Josef. **Virtudes fundamentais**. Lisboa: Aster, 1960.

PINHEIRO, Hésio Fernandes. **Técnica legislativa e as constituições e leis constitucionais do Brasil**. Rio de Janeiro: A. Noite, 1945. Republicado no Rio de Janeiro pela editora Freitas Bastos em 1962.

PLATÃO. **A República (ou Da Justiça)**. Tradução direta do grego e notas de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2012.

PLATÃO. **As leis**. Bauru: Edipro, 1999.

PLATÃO. **Político**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

POLETTI, Ronaldo. **Coleção Constituições brasileiras – 1934**. v. 3. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

PORTAL DOMÍNIO PÚBLICO. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

QUEIROZ, Cristina. **O Parlamento como fator de decisão política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1961, vol I.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência; introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1992.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1986.

Regras de Legística a observar na elaboração de atos normativos da Assembleia da República. Lisboa: Assembleia da República, 2008.

Relatório Mandelkern: Melhoria da Qualidade Legislativa, Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação, INA, n. 29, Dezembro de 2000.

RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. São Paulo: Publifolha, 2008.

RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In BIGNOTTO, Newton. (Org). **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

RIDLEY, F.F. Reinventing British Government. In Parliamentary affairs: **A journal of comparative politics**. Oxford University Press, vol. 48, nº 3, July, 1995.

RIZECK JÚNIOR, Rubens Naman. **O processo de consolidação e organização legislativa**. Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

ROBRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Revista de informação legislativa**. V. 30, n. 120, p. 159-186, out./dez. 1993.

RODRIGUES, Leda B. **História do Supremo Tribunal Federal**. v. I. Defesa das Liberdades Cívicas (1891-1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

RODRIGUES, Leda Boechat. A Suprema Corte dos Estados Unidos e sua Contribuição ao Direito Constitucional Brasileiro. In **O poder Judiciário e a Constituição**. Porto Alegre: Coleção AJURIS 4, 1977.

ROSENFELD, Michel. **The Rule of Law, and the legitimacy of Constitutional Democracy**. New York: Cardozo Law School. March, 2001.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: EDIPRO, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Du Contrat Social**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/lv000091.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 10, n. 1, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 247-248.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O poder de reforma constitucional**. Bahia: Progresso Editora, 1954.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Processo legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, Fabiano. ALMEIDA, Alcir. **Fundamentos informacionais do presidencialismo de coalizão**. Curitiba: Appris, 2011.

SANTOS, Fabiano. Governos de Coalizão no Sistema Presidencial. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (org.). **Reforma política no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Excesso de poder no exercício da função legislativa. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 140 out./dez. 1998.

SANTOS, Letícia Camilo. **Análise da decisão judicial no quadro da jurisprudência: o diálogo das fontes do direito**. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: UFMG 2011.

SARNEY, José. Discurso contra as minorias radicais da constituinte. “Conversa ao Pé do Rádio” em 26 de fevereiro de 1988. Jornal do Brasil, 27/02/1988. In BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB editora, 2008.

SARTORI, Giovanni. **¿Qué es la democracia?** Madrid: Taurus, 2007.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da representação no estado representativo moderno**. Edições da Revista brasileira de estudos políticos. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1962.

SARTORI, Giovanni. **Teoria democrática**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

SAVIGNY. **Metodologia Jurídica**. Campinas: Edicamp, 2001.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. “**Quatro perguntas e quatro respostas sobre o amicus curiae**”. Revista Nacional da Magistratura. Ano II, n. 5. Brasília: Escola Nacional da Magistratura/Associação dos Magistrados Brasileiros, maio de 2008, páginas 132-138.

SCHIMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SELLÉS, Juan Fernando. **La virtude de la prudência según Tomás de Aquino**. Pamplona: Universidad de Navarra, 1999.

SENADO FEDERAL. PLC - Projeto de Lei da Câmara, nº 14 de 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=112412>. Acesso em 28 fev. 2015.

SÉNAT ACCUIEL. **Office parlementaire pour l'évaluation de la législation**. Disponível em <<http://www.senat.fr/commission/legislation/index.html>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

SÉNAT DE BELGIQUE. **Projet de loi instituant une procédure d'évaluation législative**. Session de 1998-1999. Disponível em: <<http://www.senate.be/www/webdriver?MltabObj=pdf&MlcolObj=pdf&MlnamObj=pdfid&MltypeObj=application/pdf&MlvalObj=16780922>>. Acesso em 29 dez. 2014.

SÉNAT. **A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em <http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em 09 jul. 2014.

SILVA, José Afonso da Silva. Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 60/61, jan./jul, 1985.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos (check and balances)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. A relação do Supremo Tribunal Federal na história republicana. In: **Seminário o Supremo Tribunal Federal na História Republicana**. Rio de Janeiro. Anais. Ajufe, 2002.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan./jul., 2007.

SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK. **Home**. SSRN. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/en/>>; WILEY ONLINE LIBRARY. **Ratio Juris**. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/raju.2006.19.issue-1/issuetoc>>; SCIENTIFIC ELECTRONIC LIBRARY ONLINE. **SciELO**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. A matriz norte-americana. In BIGNOTTO, Newton. **Matizes do republicanismo**. Belo Horizonte: UFMG, 2013.

STEIN, P. **Legal Institutions**. The development of dispute settlement. Londres: Butterworth Law Publishers, 1984.

STEVENS, R. **Law and Politics**. The House of Lords as a Judicial Body (1800 – 1976). Londres, 1979.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2104.

SUIÇA. **Constituição Federal da Confederação Suíça**, promulgada em 18 de Abril de 1999. (Constitution fédérale de la Confédération suisse). Disponível em: <<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 2024/DF**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence Tribunal Pleno, Julgamento: 03.05.2007. Publicação DJ 22.06.2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4.430/DF**, julgado pelo Plenário em 29.06.2012, Rel. Min. Dias Toffoli, publicado no DJE em 19.09.2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AgRg em MS 20.257-2/DF**. STF Pleno, Relator Décio Miranda, publicado em 27.08.80. DJ em 31.10.80. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325558>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Assessoria Internacional**. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=206259&modo=cms>. Acesso em 17 fev. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão monocrática. **ADPF nº45/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em: 29.04.2004. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Estatística do STF.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em 15 jan. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 1063.** Relator Ministro Bernardino Ferreira. Julgado em 16 ago. 1898. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=STFdescricaoHC1063>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas-Corpus nº 3.539.** Em Defesa da Liberdade dos Diretores, Redatores, Revisores e Vendedores dos Jornais O Imparcial, Correio da Manhã, A Época, A Noite e A Careta. Sessão do Supremo Tribunal Federal. 9 mai. 1914. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RuiBarbosa/113714/pdf/113714.pdf>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Histórico.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 20.257/DF**, STF, Pleno, Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves publicado no DJ em 27.02.1981. RTJ.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 21.642-5/DF**, rel. Celso de Melo, publicado no DJ de 03.02.1993, RTJ 99/1031.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 24.831/DF**, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJ 4.8.2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 25.962-1/DF**, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 20.03.2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 26.441/DF**, rel. Min. Celso de Mello. Pleno. DJe nº 237 de 18.12.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=26441&classe=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 13 dez. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 32.033**, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, Processo Eletrônico DJe-033 divulg 17-02-2014 public 18-02-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2832033%2ENU ME%2E+OU+32033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pk77ezf>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. **Ministros aposentados relembram os colegas cassados.** 16 de jan. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101692>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. **ADI nº2667/DF.** Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em: 19.06.2002. Acórdão, DJ 12.03.2004. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2667%20&processo=2667>>. Acesso em 23 abr. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. **HC 85.185/SP**. Rel. Min. Cezar Peluzo. DJ 01.09.2006

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento Interno do STF** de 15 de outubro de 1980. Brasília: STF, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. **ADPF 1-7/RJ**, Relatora Ministra Néri da Silveira. Julgamento em 03.02.2000; DJ em: 07.11.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348389>>. Acesso em 15 dez. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDEREAL. **Súmula nº 266**. Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=su mula_201_300>. Acesso em 30.05.2013.

SWEET, Alec Stone. **Governing with judges**. Constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TÁCITO, Caio. **Desvio de poder legislativo**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, v. 1, 1993.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Manual do novo mandado de segurança**: Lei 12.016/2009. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Mandados de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990.

TELES FILHO, Eliardo França. **Petição de manifestação como *amicus curiae* juntada aos autos do MS 32.033/DF**.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. **Carta aos brasileiros**. Revista do advogado. São Paulo: AASP, v. 22, n. 67 ago., 2002, p. 11–16.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. I, 22ª.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.

THE ROMAN LAW LIBRARY. Disponível em: <<http://droitromain.upmf-grenoble.fr/>> Acesso em 10 maio 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O mandado de segurança preventivo e a lei em tese. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandados de segurança e de injunção**: estudos de direito processual constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos. São Paulo: Saraiva, 1990.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. **O racional e o razoável**: Aristóteles e o trabalho hoje. Cad. EBAPE.BR v.1 nº 1 Rio de Janeiro Aug. 2003. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1679-39512003000100005>>. Acesso em 23 abr. 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. São Paulo, Martins Fontes, 2005. Livros I e II.

TOCQUEVILLE, Alexis. **O antigo regime e a revolução**. Organizado por J.P. Mayer. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

TORRES, Alberto. **Organização Nacional**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1914.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. USA: Foundation Press, 1988, p. 374. Sem perder de vista a importância do emblemático caso *Marbury x Madison* de 1803.

UNITED NATIONS. **The Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

VASCONCELOS, Zacarias Goes e. **Natureza e limites do Poder Moderador**. Brasília: Senado Federal, 1978.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo de Direito**. São Paulo, Atlas.

VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Rezende de. República e civilização Brasileira. In BIGNOTTO, Newton. (Org). **Pensar a República**. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese apresentada ao programa de Doutorado em Direito do Estado na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. 4, n. 2, p. 441–463, jul./dez., 2008.

VIGO, Rodolfo Luís. **Interpretación Constitucional**. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1993.

VILLORO, Luís. **El concepto de ideología**. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

WALD, Arnold. **Do mandado de segurança na prática judiciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WALD, Arnoldo. **A elaboração e revisão dos projetos de códigos**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara, n. 21, p. 166-189, 1969.

WALD, Arnoldo. **Do mandado de segurança na prática judiciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução Luís Carlos Borges, revisão da tradução Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 2011.

WEBER, Max. **Escritos políticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

WINTGENS, Luc J. (ed.). **Legislation in context: essays in legisprudence**. Abingdon, Oxon, GBR: Ashgate Publishing Group, 2007.

WINTGENS, Luc J. Freedom and legisprudence – a more substantial view: a reply to professor Perju. In Vlad Perju, “A comment on legisprudence”. **Boston University law Review**, vol. 89, 2009.

WINTGENS, Luc J. Legisprudence as a New Theory of Legislation. In: **Ratio Juris**. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, Vol. 19, No. 1, pp. 1-25, March 2006.

WINTGENS, LUC J. **Legisprudence**. Pratical reason in legislation. Aldershot: Asgate Publishing, 2012.

ZACCARIA, Robert. **Fuga dalla legge**: Seminari sulla qualità della legislazione. Brescia: Grafo edizioni, 2011.

ZINN, Charles J. **Como se fazem as leis norte-americanas**. Publicado pelo Serviço de Divulgação e Relações Culturais dos Estados Unidos da América [s/d].

APÊNDICES

APÊNDICE A - Procedimentos Legislativos

Procedimento Legislativo	Características principais
Ordinário	<ul style="list-style-type: none">• Trata-se do procedimento comum, destinado à elaboração das leis ordinárias. Desenvolve-se em cinco fases: i) introdutória; ii) exame do projeto nas comissões permanentes; iii) discussões; iv) decisão e; v) revisão.• Artigos 65, 66 e 67 da CF/88.⁹⁵⁸
Abreviado	<ul style="list-style-type: none">• Dispensa a deliberação no plenário em razão do poder das comissões de apreciar conclusivamente certas proposições.• Contudo, 1/10 dos membros da casa legislativa podem recorrer da decisão das comissões para resguardar a competência do plenário.• Artigo 58, § 1º da CF/88, Art. 24, II do RICD; art. 91, <i>caput</i>, do RISF.⁹⁵⁹

⁹⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015. “Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora. Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º - O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º - Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013). § 5º - Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) § 7º - Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo. Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.”

⁹⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília. Senado Federal, 2015 “Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. [...] § 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I -

Procedimento Legislativo	Características principais
Sumário	<ul style="list-style-type: none"> A solicitação de urgência pelo Presidente da República para a apreciação de leis de sua iniciativa constitui o pressuposto do procedimento sumário. Art. 64, § 1º, § 2º, § 3º e § 4º da CF/88.⁹⁶⁰
Sumaríssimo	<ul style="list-style-type: none"> Decorre de mecanismo regimental para assegurar a deliberação imediata sobre as matérias submetidas à apreciação das casas do Congresso Nacional. Reconhecido informalmente por “urgência urgentíssima”. Art. 155 RICD e art. 337 do RISF.⁹⁶¹
	<ul style="list-style-type: none"> São estabelecidos para a elaboração de emendas constitucionais (EC), de leis <i>financeiras</i> (LF) (Plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias, lei do

discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa”. “Art. 24. Às Comissões Permanentes, em razão da matéria de sua competência, e às demais Comissões, no que lhes for aplicável, cabe: [...] II - discutir e votar projetos de lei, dispensada a competência do Plenário, salvo o disposto no § 2º do art. 132 e excetuados os projetos: a) de lei complementar; b) de código; c) de iniciativa popular; d) de Comissão; e) relativos a matéria que não possa ser objeto de delegação, consoante o § 1º do art. 68 da Constituição Federal; f) oriundos do Senado, ou por ele emendados, que tenham sido aprovados pelo Plenário de qualquer das Casas; g) que tenham recebido pareceres divergentes; h) em regime de urgência”. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. “Art. 91, *caput*: Às comissões, no âmbito de suas atribuições cabe dispensada a competência do Plenário, nos termos do art. 58, § 2º, I, da Constituição, discutir e votar:”

⁹⁶⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. “Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. § 1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) § 3º - A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior. § 4º - Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.”

⁹⁶¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015 “Art. 155. Poderá ser incluída automaticamente na Ordem do Dia para discussão e votação imediata, ainda que iniciada a sessão em que for apresentada, proposição que verse sobre matéria de relevante e inadiável interesse nacional, a requerimento da maioria absoluta da composição da Câmara, ou de Líderes que representem esse número, aprovado pela maioria absoluta dos Deputados, sem a restrição contida no § 2º do artigo antecedente.”. BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno do Senado Federal**. Brasília: Senado Federal, 2015. “Art. 337. A urgência dispensa, durante toda a tramitação da matéria, interstícios, prazos e formalidades regimentais, salvo pareceres, quórum para deliberação e distribuição de cópias da proposição principal.”

Procedimento Legislativo	Características principais
Especiais	<p>orçamento anual e de abertura de créditos adicionais), leis delegadas (LD), medidas provisórias (MP) e leis complementares (LC).</p> <ul style="list-style-type: none"> • EC: art. 60, CF/88; LF: art. 166, CF/88; LD: art. 68, CF; MP: art. 62, caput, CF/88; LC art. 69, CF.⁹⁶²

Fonte: elaborado pela autora a partir de: BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 2015. BRASIL. Câmara dos Deputados. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. BRASIL. Senado Federal. Regimento Interno do Senado Federal. Brasília: Senado Federal, 2015. CARVALHO, Kildare Gonçalves. Técnica legislativa (legística formal). Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 269-289. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2002, p.527-532.

⁹⁶² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. [...] Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. [...] Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. [...] Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001). [...] Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.”

APÊNDICE B - Principais julgados em MS contra PEC

Mandado de Segurança	Impetrantes e Impetrados	Síntese da Emenda	Principais Fundamentos e Resultado
MS 20.452-4/DF, julgado pelo Pleno em 07.11.84, Rel. Min. Aldir Passarinho. DJ 11.10.1985.	<ul style="list-style-type: none"> • Impetrantes: Senador da República, Deputado Federal e o Vice-Governador de São Paulo. • Impetrado: Mesa do Senado Federal. 	Impugnação à votação da proposta de Emenda Constitucional n.º 5, de 1983, conhecida como “Emenda Dante Oliveira.”	“Exclusão do Vice-Governador da lide por ilegitimidade ativa, restando claro, portanto, que a legitimidade para a impetração de mandado de segurança contra a tramitação de propostas de emendas constitucionais é apenas dos parlamentares.” Segurança denegada.
MS 21.642/DF, decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 03.02.93, publicado também na RDA 191/200.	<ul style="list-style-type: none"> • Impetrante: Advogado em causa própria. • Impetrado: Presidentes das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal 	Decisão monocrática	“O controle de constitucionalidade tem por objeto lei ou emenda constitucional promulgada. Todavia, cabe ser exercido em caso de projeto de lei ou emenda constitucional quando a Constituição taxativamente veda sua apresentação ou a deliberação. Legitimidade ativa privativa dos membros do Congresso Nacional”. Negado seguimento.
MS 21303/DF Rel. Min. Octavio Gallotti Julgado pelo Pleno em 19.06.1991, DJ 02.08.1991, publicado também na RTJ Vol-00139-03	<ul style="list-style-type: none"> • Impetrante: Pessoa física na qualidade de cidadão brasileiro. • Impetrados: Mesa da Câmara dos Deputados Comissão Especial da Câmara dos Deputados 	MS requerido pelo Impetrante contra ato de Comissão da Câmara dos Deputados tendente a possibilitar a adoção da pena de morte, mediante consulta plebiscitária.	“Falta de legitimidade ativa do Requerente, por falta de ameaça concreta a direito individual, particularizado em sua pessoa.”
MS 22.503/DF, Rel. Min. Marco Aurélio,	<ul style="list-style-type: none"> • Impetrantes: Deputados Federais • Impetrado: Presidente da Mesa 	MS relativo à tramitação de PEC 33-A/95, que tratava da	O Min. Marco Aurélio conheceu do writ, e concedeu a liminar determinando a suspensão

Red. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa, julgado pelo pleno em 08.05.1996, DJ 06.06.1997.	da Câmara dos Deputados	Reforma da Previdência. Alegação de violação de diversas normas do regimento interno e do art. 60, § 5º, da constituição federal.	do trâmite da referida proposição legislativa, nos seguintes termos: “presente a guarda da ordem jurídico-constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal, concedo a liminar pleiteada a fim de que a Câmara dos Deputados, até o julgamento final deste mandado de segurança, abstenha-se da prática de qualquer ato concernente à tramitação da proposta de emenda constitucional 33-A/95”. Mandado de segurança conhecido em parte.
MS 22972 / DF, Rel: Min. Neri da Silveira Julgamento, decisão monocrática em 18.12.1997 Publicação DJ 02.02.98	<ul style="list-style-type: none"> • Impetrante: Deputados Federais. • Impetrados: Presidente da Câmara dos Deputados; Presidente da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação; Presidente da Comissão Especial. 	“MS com vistas a obstar o processamento da PEC 20-A/95, que tinha por objeto instituir o Parlamentarismo no país, alegando a violação de diversos princípios fundamentais constantes da ordem constitucional brasileira”.	O Min. Néri da Silveira, relator conheceu do mandado de segurança, nos termos da jurisprudência do Tribunal. Indeferiu, todavia, a liminar por não vislumbrar presentes, na hipótese, os seus pressupostos autorizadores.
MS 21311 / DF, Rel. Min. Néri da Silveira Julgamento, decisão monocrática em 13.05.1999 Publicação DJ 25.05.99	<ul style="list-style-type: none"> • Impetrantes: Deputados Federais. • Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados 	MS contra a tramitação da PEC 1/1988, que visava a instituir a pena de morte no Brasil, nos casos de roubo, sequestro e estupro, seguidos de morte.	“A Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, em reunião ordinária realizada em 04 de dezembro de 1997, opinou unanimemente pela inadmissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição nº 1/88, nos termos do parecer do Relator, restando, em consequência, arquivada. Assim sendo, julgo

			prejudicado o presente mandado de segurança, pela perda do objeto, determinando seu arquivamento.”
--	--	--	--

Fonte: formulado pela autora a partir do voto do Min. Gilmar Mendes no MS 32.033/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Relator para o Acórdão, Min. Teori Zavascki, publicado no DJ em 18.02.2014. E também em consulta aos arquivos do STF.

APÊNDICE C – Síntese dos Votos no MS 32.033/DF

Ministro	Principais Argumentos Síntese do voto
GILMAR MENDES (RELATOR)	<ul style="list-style-type: none"> • “Ao criar um verdadeiro Estatuto, o qual dispõe que as cotas do Fundo Partidário, bem como os tempos de rádio e TV proporcionais terão como marco para a definição de sua distribuição o resultado das últimas eleições (2010) para a Câmara dos Deputados, o projeto tem o condão de: (i) desmobilizar as forças políticas que se reúnem para a formação de novos partidos (viola a isonomia e a igualdade de chances); (ii) afigurar-se ofensivo à segurança jurídica, ao quebrar a confiança legítima dos parlamentares que fundaram anteriormente, mas nesta mesma legislatura, novas legendas; (iii) e, além disso, afronta diretamente a decisão desta Corte na ADI 4.430.” (p.120) • “A construção de soluções constitucionais em temas tão delicados e relevantes, envolvendo o próprio processo democrático, deve levar em consideração as decisões de todos os poderes do Estado, em ambiente de verdadeiro diálogo institucional, resguardando-se, sempre, os direitos fundamentais que possam ser atingidos.” (p.132) • “Ressalte-se que a urgência para a aprovação do referido projeto está relacionada à noticiada mobilização de setores do cenário político para a formação de novas legendas visando à participação no pleito eleitoral de 2014. Tais mobilizações, que levam tempo, devem estar concluídas antes de outubro do corrente ano, para se cumprir o princípio da anualidade eleitoral de modo que a tramitação do PLC 14/2013, em si, já se afigurava suficientemente desmotivadora e, assim, desconstrutiva dos anseios de boa parte dos atores políticos nacionais. Isso sobejamente revela o caráter antidemocrático, contrário aos direitos das minorias, bem como discriminatório e ofensivo ao princípio da igualdade do referido projeto, nos termos e circunstâncias em que seria aprovado.” (p.133)

	<ul style="list-style-type: none"> • Voto: “concedo parcialmente a segurança, para reconhecer a ilegitimidade do PLC 14/2013, nos termos em que aprovado pela Câmara dos Deputados, por ofensa às cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988.”(p. 134)
TEORI ZAVASCKI (REDATOR PARA O ACÓRDÃO)	<ul style="list-style-type: none"> • “Tribunais constitucionais só podem cumprir sua função fiscalizadora a partir de uma posição de distância da política. A vinculação constitucional a que a política está submetida no estado democrático é uma vinculação jurídica” (em citação à Dieter Grimm). Ora, inserir os tribunais na fiscalização do conteúdo material de projetos de leis significa transportá-los para o próprio âmago do debate político, o que compromete o distanciamento que se recomenda.”(p.146) • “Outra relevante consequência da prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento é a de subtrair, dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de, eles próprios, exercerem o controle preventivo da legitimidade das normas. Convém enfatizar que a manutenção e a preservação do Estado Constitucional de Direito é poder-dever comum aos três Poderes, a ser exercido e exaurido no âmbito das suas correspondentes atividades, no seu devido tempo e segundo seus métodos e sua pauta.”(p.147) • “Não há dúvida que a antecipada intervenção do Judiciário no processo de formação das leis, ressalvadas as excepcionais hipóteses antes indicadas e justificadas, retira do Poder Legislativo a prerrogativa constitucional de ele próprio, através do debate parlamentar, aperfeiçoar o projeto e, quem sabe, sanar os seus eventuais defeitos.”(p. 147) • Voto: “Ante o exposto, por não ver presente a alegada ameaça ao afirmado direito líquido e certo do impetrante de não participar do processo legislativo aqui questionado e por não reconhecer como direito subjetivo ou prerrogativa constitucional de parlamentar a de provocar o controle preventivo de inconstitucionalidade material de projetos de lei, voto no sentido de revogar a liminar e denegar a ordem. É o voto.” (p.148)
ROSA MARIA WEBER	<ul style="list-style-type: none"> • “É inerente à natureza do mandado de segurança, portanto, certo grau de tensão entre o princípio da separação dos poderes e a possibilidade, que ele viabiliza, de o Judiciário revisar atos comissivos ou omissivos de autoridade pública.” (p. 151) • “A indagação que se põe, quanto à possibilidade de exercício, via ação de segurança, do controle preventivo de constitucionalidade de projeto de lei, por vício formal ou material, encontra resposta na jurisprudência desta Corte. Inúmeros os julgados em que há décadas reconhecida ao parlamentar legitimidade ativa para a ação mandamental com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais

	<p>incompatíveis com o processo legislativo constitucional.” (p.152)</p> <ul style="list-style-type: none"> • “Essa a posição restritiva que tenho adotado, reitero, no exame de pedidos que envolvem a jurisdicionalização do exercício de competências próprias do Legislativo, atenta à minha compreensão sobre o princípio da separação e harmonia entre os Poderes da República, à oxigenação do próprio Direito, que há de responder ao dinamismo da vida, e ao entendimento de que o Parlamento é o palco adequado, o locus próprio ao debate político dos grandes temas nacionais.” (p.158) • Voto: “Na presente hipótese, com a máxima vênia do eminente Ministro Relator, não vejo motivo para alterar essa orientação fundamental e, sob tal premissa, acompanho a divergência, renovando minhas homenagens aos que têm respeitabilíssimo entendimento contrário.” (p.159_
LUIZ FUX	<ul style="list-style-type: none"> • “Então, eu trago aqui os mesmos fundamentos que utilizei quando foi julgado o Mandado de Segurança nº 31.816, da minha relatoria, com relação à apreciação dos vetos, no qual eu destacava que a Constituição estabelecia uma ordem que tinha que ser obedecida. E essa ordem foi desobedecida em nome da independência do Parlamento e da conjuração dessa doença, desse defeito que se afirma ser a “supremocracia”, a hegemonia, a instância hegemônica que não deve representar o Supremo Tribunal Federal.” (p.176) • “Na realidade, tutelar o direito dos parlamentares de oposição, diversamente do que abreviar a discussão, como pretende o Impetrante, é permitir que os debates sejam realizados de forma republicana, transparentes e com os canais de participação aberto a todos o que queiram deles participar.” (p.198) • “A solução que melhor se apresenta in casu é aquela que prestigia a deliberação parlamentar do PLC nº 14/2013. Ela é a que, a um só tempo, prestigia o desenho institucional delineado pelo constituinte de 1988 e promove de forma mais satisfatória os postulados democráticos, sem asfixiar o âmbito de atuação constitucionalmente assegurado ao Poder Legislativo. (p. 199) • Voto: “<i>Ex positis</i>, conheço do writ, e, no mérito, voto pela denegação da ordem.”
DIAS TOFFOLI	<ul style="list-style-type: none"> • “Acompanho o Ministro Gilmar Mendes em todos os adjetivos formulados por ele, seja no voto, seja nos debates. Não placitarei esse projeto de lei se aprovado e sancionado no Tribunal Superior Eleitoral e não placitarei aqui no Supremo Tribunal Federal. É evidente que me submeterei à maioria, seja no TSE, seja aqui no Supremo Tribunal Federal. Mas fica o registro, seja para a história, seja para os parlamentares, que ainda poderão debater esse tema se prevalecer o voto da divergência.” (p. 207)

<p>RICARDO LEWANDOWSKI</p>	<ul style="list-style-type: none"> • “Cumpra notar, ademais, que, a partir de uma simples leitura da Carta Maior depreende-se que o limite constitucional imposto ao legislador derivado, previsto em seu art. 60, § 4º, que pode ensejar o trancamento do próprio processo legislativo, diz respeito tão somente a propostas de emenda ao texto constitucional.” (p.211) • “Na espécie, a proposição legislativa que se pretende obstar com a impetração deste <i>mandamus</i> configura mero projeto de lei (PLC 14/2013), não havendo falar, pois, de aplicação do referido preceito, sobretudo porque se quer alcançar tal desiderato por meio de um mandado de segurança, cuja vocação é, sabidamente, proteger direito líquido e certo (cf. MS 30.956, de minha relatoria).” (p. 211) • “Com efeito, penso, com o devido respeito, que impedir o Parlamento de deliberar sobre um projeto de lei que disciplina matéria de natureza eminentemente política é que colidiria - isso sim - com uma das cláusulas pétreas, a saber, aquela que assegura a Separação dos Poderes, postulado fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 60, § 4º, IV, da Constituição).” (p. 215) • Voto: “Isso posto, pelo meu voto, casso a liminar concedida e, no mérito, denego a segurança.” (p. 218)
<p>MARCO AURÉLIO</p>	<ul style="list-style-type: none"> • “Em 13 de maio de 2013, o Procurador-Geral da União opinou pela admissibilidade da impetração e concessão da segurança. Salientou que a tramitação do projeto de lei, por si só, leva insegurança ao meio político parlamentar, considerados os efeitos sobre as perspectivas de viabilidade prática de novas agremiações e o avizinhamento das eleições nacionais e estaduais. Sustentou estar o teor do projeto em descompasso com a óptica prevalecente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.430, da relatoria do ministro Dias Toffoli, resultando, então, em ofensa aos mesmos princípios constitucionais resguardados por aquele ato. Disse da impossibilidade de lei ordinária superar a interpretação fixada pelo Supremo, à luz da Carta Federal, relativamente a determinada questão, asseverando que essa dinâmica teria como consequência sujeitar a inteligência do Tribunal em matéria constitucional ao referendo do legislador.” (p.227) • Contudo, “no caso, a disciplina do funcionamento dos partidos, como desenvolvimento político ordinário dos princípios constitucionais articulados, é questão livre à análise parlamentar, afastado o controle prévio, ficando a legitimidade constitucional de eventual lei sujeita ao controle repressivo pelo Supremo.” (p. 239) • “Ressalto que não há que se falar, na espécie, de violação a quaisquer normas constitucionais, legais ou regimentais do processo legislativo a ensejar a intervenção do Supremo, considerada a apontada celeridade da tramitação do projeto. Como bem destacado pelo Presidente da Câmara nas informações

	<p>e reconhecido pelo próprio impetrante na inicial, o regime de urgência da tramitação foi requerido e aprovado por maioria absoluta em 16 de abril de 2013, nos termos regimentais. Assim, a celeridade da tramitação em nada afronta o devido processo legislativo, nem mesmo o substantivo, concernente ao grau de reflexão deliberativa, insuscetível de ser avaliado nesta sede.” (p. 247)</p> <ul style="list-style-type: none"> • “Então, por tudo e para prevalência da independência e harmonia entre os poderes, para o fortalecimento da Democracia com o “d” maiúsculo, que o Supremo, na postura de Supremo, de guarda maior da amada Constituição Federal, reserve-se para atuar, se for o caso, no controle repressivo de constitucionalidade, encerrado o devido processo legislativo, que tem como atores não juízes, mas os representantes do povo brasileiro – os Deputados Federais – e os dos Estados – os Senadores da República – e a Chefe do Executivo Nacional – a Presidenta Dilma Rousseff.”(p.250) • Voto: “Inadmito o mandado de segurança e, vencido na preliminar, indefiro a ordem.” (p. 250)
CÁRMEN LÚCIA	<ul style="list-style-type: none"> • “O controle preventivo é excepcionalíssimo, admissível apenas em casos em que a proposta de emenda à Constituição ou o projeto de lei tenda a abolir direito estabelecido como limite material ao poder constituinte reformador e, mais ainda, ao poder legislativo ordinário.” (p. 276) • “O controle de constitucionalidade é jurídico; o da legitimidade de interesses, aventado na presente ação, é político-partidário.” (p.280) • “A competência deste Supremo Tribunal atém-se ao início da competência deliberativa para legislar, desde que ao exercê-la não adentre matéria blindada constitucionalmente à sua atuação, único caso em que seria deflagrado o dever-direito do Supremo.” (p.282) • “O vício do processo legislativo que importa em inconstitucionalidade formal pode decorrer da incompetência para se legislar sobre a matéria (vício orgânico), da ausência de previsão constitucional para apresentar o respectivo projeto (vício de iniciativa) e, ainda, da inobservância do quórum de instauração da sessão, de deliberação e/ou de aprovação do projeto, por exemplo. (p.283) • Voto: “Acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Teori Zavascki, e vencida no não conhecimento do presente mandado de segurança, voto pela denegação da segurança.” (p. 298)
JOAQUIM BARBOSA	<ul style="list-style-type: none"> • “Não vislumbro prejuízo de monta ao impetrante ou para o seu grupo parlamentar caso tenham que aguardar a promulgação do

	<p>diploma em discussão para só então proporem a competente ação direta de inconstitucionalidade ou outra medida que julgarem adequada. A antecipação desse debate não tem cunho jurídico, apenas político, porque permite, por meio dessa antecipação, obter algum tipo de constrangimento público, de maneira que o interesse dos parlamentares alcance de alguma maneira um nível supostamente qualificado de repercussão.” (p. 299)</p> <ul style="list-style-type: none"> • “Deve-se supor, portanto, que assegurar a deliberação parlamentar é ponto de honra do direito constitucional democrático, até porque é na oportunidade da deliberação que se pode realizar diálogo mínimo a respeito dos fins buscados pela norma.” (p. 301) • “Denego a segurança.” (p. 303)
--	--

Fonte: Elaborada pela autora, a partir de: STF, MS 32.033/DF, julgado pelo Plenário em 20.06.2013, Relator Min. Gilmar Mendes, Relator para o Acórdão, Min. Teori Zavascki, publicado no DJ em 18.02.2014.